

**CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN,  
NEOCORPORATIVISMO Y PARTICIPACIÓN ORGÁNICA**

**DIEGO F YOUNES MEDINA**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
TRABAJO DE GRADO**

**DIRECTOR  
DOCTOR MIGUEL MALAGÓN PINZÓN**

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
BOGOTÁ, D.C.**

# **CONTENIDO**

## **Introducción**

### **CAPÍTULO I**

#### **EL CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, REFERENTE NECESARIO**

##### **1. Las funciones del Estado**

##### **2. El concepto de participación del administrado como fundamento del ejercicio de funciones administrativas por particulares**

###### **2.1. La separación Estado-Sociedad**

###### **2.1.1. Algunas reflexiones sobre la separación Estado-Sociedad**

###### **2.2. Cambios conceptuales debido a la introducción de la cláusula Estado Social de Derecho**

###### **2.2.1. Antecedentes**

2.2.2. La cláusula Estado Social de Derecho como factor determinante de la intervención administrativa en la sociedad

3. La estructura de la administración

3.1. Interés general y estructura de la administración

4. La posición del administrado

4.1. El concepto de interés difuso

4.2. El concepto de interés colectivo

5. Fundamento normativo, doctrinario y jurisprudencial de la participación

5.1. Principios de la participación

5.2. La Corte Constitucional y la participación

5.3. La magnitud de la participación según la doctrina

5.4. La perspectiva participativa conforme a la jurisprudencia

5.5. Desarrollos legales de la participación

6. Fundamento normativo y doctrinario del ejercicio de funciones administrativas por particulares

6.1. Precisiones conceptuales

6.2. Fundamento normativo

## **CAPÍTULO II**

### **CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN, FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y NEOCORPORATIVISMO**

1. Introducción

2. Antecedentes normativos de los Consejos Superiores de la Administración

2.1. La Ley 19 de 1958

2.2. Decreto-Ley 550 de 1960

2.3. La Reforma Administrativa de 1968

3.El estatuto actual de organización y funcionamiento de la administración

4.Los Consejos Superiores de la Administración. ¿Son exclusivamente órganos consultivos o coordinadores?

4.1.El Consejo Superior de Política Económica y Social (CONPES)

4.1.1. Concepto

4.1.2. Funciones

4.1.3. Análisis del concepto y funciones del CONPES

4.2. El caso del Consejo Superior de Comercio Exterior

4.2.1. Concepto

4.2.2. Funciones

4.2.3. Análisis del concepto y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior

### 4.3. El caso del Consejo Nacional de Educación Superior

#### 4.3.1. Concepto

#### 4.3.2. Funciones

#### 4.3.3. Análisis del concepto y funciones del CESU

### 4.4. El caso del Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana

#### 4.4.1. Creación y funciones

#### 4.4.2 Análisis de las funciones del Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana

### 4.5. El caso del Consejo Nacional de Competitividad

#### 4.5.1. Concepto

#### 4.5.2. Funciones

#### 4.5.3. Análisis de las funciones del Consejo Superior de Competitividad

## 4.6. Consejo Consultivo-Asesor de Desarrollo Urbano, Vivienda Social y Agua potable

### 4.6.1. Concepto y funciones

### 4.6.2. Análisis de las funciones del Consejo Consultivo-Asesor de Desarrollo Urbano, Vivienda Social y Agua Potable

## 4.7. Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Industrias

### 4.7.1. Regulación y funciones

### 4.7.2 Análisis de las funciones del Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Empresas

## 4.8. El caso del Consejo Nacional Ambiental

### 4.8.1. Concepto

### 4.8.2. Funciones

### 4.8.3. Análisis de las funciones del Consejo Nacional Ambiental

## 4.9.El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

### 4.9.1. Creación y concepto

### 4.9.2. Análisis de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

## 4.10.El caso del Consejo Nacional Agropecuario y Agroindustrial

### 4.10.1. Concepto

### 4.10.2. Funciones

### 4.10.3. Análisis de las funciones del Consejo Superior Agropecuario y Agroindustrial

## 4.11.Consejo Consultivo de Transporte

### 4.11.1. Concepto

### 4.11.2. Funciones

### 4.11.3. Análisis de las funciones del Consejo Consultivo de Transporte



## 4.12.El caso del Consejo Asesor de Ciencia y Tecnología

### 4.12.1. Concepto

### 4.12.2. Funciones

### 4.12.3.Análisis de las funciones del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología

## 5.Conclusiones generales que se derivan del análisis de las funciones de los Consejos Superiores de la Administración

# **CAPÍTULO III**

## **CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN, ACTO ADMINISTRATIVO Y CONTROLES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN**

### 1.Concepto y elementos del acto administrativo

### 2.El control de los actos administrativos

#### 2.1.Planteamiento general del control

#### 2.2.Acto político, acto discrecional y acto de trámite

- 2.3. El acto político o de gobierno
- 2.4. Acto discrecional
- 2.5. Acto de trámite
- 2.6. Conclusiones generales relativas al control de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano

## **CAPÍTULO IV**

### **CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN, NEOCORPORATIVISMO Y FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES**

- 1. Presentación general del tema
- 2. Participación orgánica de particulares en los Consejos Superiores de la Administración
- 3. Teoría del neocorporativismo como forma explicativa de la normativa referente a los Consejos Superiores de la Administración

4. Precisiones sobre el concepto de neocorporativismo

5. Grupos de interés y neocorporativismo

6. Factores que determinan la aparición de grupos sociales

7. Políticas públicas y grupos de interés

8. Relación entre actores colectivos e interés general

9. Tipos de corporativismo y aplicación a ciertos órganos de la Administración

9.1. Corporativismo fascista

9.2. Corporativismo social

10. Conclusiones generales sobre la teoría del neocorporativismo

## **CAPÍTULO V**

### **EFFECTOS JURÍDICOS DE LA PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES EN ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

1. Planteamiento del tema
2. Consideraciones jurídicas sobre el ejercicio de funciones administrativas por particulares con asiento en los Consejos Superiores de la Administración
3. Consideraciones sobre la aplicabilidad del régimen disciplinario concerniente a los particulares con participación en los Consejos Superiores de la Administración
4. La responsabilidad de los particulares que integran entes públicos como resultado de su participación en órganos de la Administración
  - 4.1. Interrogantes básicos
  - 4.2. Antecedentes normativos

4.3. Régimen actual

4.4. Conclusiones

Conclusiones generales

Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

El ejercicio de funciones administrativas por particulares comporta uno de los problemas más importantes en el estudio actual del derecho administrativo, como consecuencia de su relación directa con ciertas tendencias que ponen en tela de juicio la razón de ser y las perspectivas de la materia.

En efecto, la reducción del derecho administrativo, el aumento de contenidos propios de la disciplina en cabeza de organismos supranacionales, y la dificultad por parte de la administración para regular ciertos temas de orden económico o científico, modifican las funciones a cargo de la administración como objeto genérico del derecho administrativo. Todo esto incide en la formulación tradicional del papel de la administración, como aquel conjunto de órganos que sirven con objetividad a la definición y contenido del interés general.

Dentro de este contexto, se debe estudiar el ejercicio de funciones administrativas por particulares que encuentra su fundamento en la Constitución Política, que en varios artículos habilita la participación de los particulares en las funciones públicas.

El presente trabajo tiene como objetivo principal el de proponer un estudio general de los Consejos Superiores de la Administración, como órganos en los que se encuentra una importante concreción del principio participativo de los particulares en la Administración. El estudio centra su atención en el análisis de problemas estructurales sobre la normativa vigente en materia de los citados cuerpos, como consecuencia de algunos problemas en su definición, estructura y controles sobre actuación.

La importancia del tema radica en que la ausencia de criterios normativos claros y una legislación deficiente, comportan una posible afectación del principio de distribución de competencias establecidas en la Constitución Política, así como un posible menoscabo de la efectividad y extensión del control, frente no sólo a los actos de los Consejos Superiores sino también frente a los particulares que concurren a su composición. El tema adquiere pues, una dimensión suficientemente estratégica dentro del estado de derecho como para justificar una detención pormenorizada de esa problemática.

En cuanto a las fuentes además de las estrictamente normativas (constitucionales y legales), se abordó el tema desde la jurisprudencia y una indagación suficientemente profunda sobre la doctrina atinente al tema tanto nacional como extranjera.

Para este efecto el trabajo se descompone en cinco capítulos a saber:

El primer capítulo aborda el fundamento de la participación como presupuesto del ejercicio de funciones administrativas por particulares y en concreto el problema de la participación de grupos representativos de intereses en ciertos órganos de la administración. Para este efecto, la reflexión centra su objetivo en describir desde el punto de vista teórico algunas transformaciones del Estado que ha prohiado la participación del administrado en la administración.

La metodología utilizada para el efecto un análisis interpretativo de los preceptos que consagran fenómenos de interconexión entre los particulares y la administración. Si bien no se hace por ahora referencia expresa a disposiciones legales o constitucionales, se trata de presentar los problemas de índole político que subyacen a la consagración de normas participativas. Esta base servirá para el posterior estudio de caso

que tratará problemas normativos que respondan a la explicación teórica presentada.

En el capítulo I se estudia el concepto de función administrativa como punto de partida del estudio, para lo cual hay que examinar las funciones del Estado y el impacto que sobre la organización administrativa supone la cláusula Estado Social de derecho.

Bajo este entendido se analizan problemas referentes a la construcción clásica del Derecho Administrativo, poniendo de presente los cambios que progresivamente permiten la relación conceptual entre administrados y administración. Para este efecto, se analizan tres cuestiones que explican el citado fenómeno y que sirven de soporte al planteamiento general. Estas circunstancias son: (i) La separación Estado – sociedad, (ii) la estructura de la administración tradicional y, (iii) la posición del administrado.

El capítulo II se detiene en el estudio de los Consejos Superiores de la Administración tomando como base algunos casos en que sobresale la inserción de representantes gremiales en su estructura, con aras a examinar si sus tareas son exclusivamente consultivas o incluso comportan un verdadero ejercicio de funciones administrativas decisorias.

Por su parte, el capítulo III se ocupa del estudio de la posibilidad de la producción de actos administrativos por parte de los órganos bajo examen y la aplicación de los controles correspondientes a este tipo de manifestación de la actividad administrativa.

El capítulo IV analiza la teoría del neocorporativismo como forma explicativa de las relaciones entre grupos de interés y órganos de la



administración, proporcionando una definición genérica y los diversos tipos de dicha teoría.

Esta referencia resulta obligada ante la necesidad de explicar la presencia de particulares más allá de la normativa vigente, haciendo uso –con las restricciones que ello impone al autor- de algunos fundamentos sociológicos con el objeto de enriquecer la perspectiva del tema.

Finalmente, el trabajo concretando la variedad de posibilidades que teóricamente se pueden ofrecer al problema de la responsabilidad de los particulares que concurren a los Consejos Superiores de la Administración.

## **CAPÍTULO I**

### **EL CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, REFERENTE NECESARIO**

#### **1. LAS FUNCIONES DEL ESTADO**

Si bien la tesis no versa sobre la noción de función administrativa, es indispensable proponer un concepto previo que, sin carácter exhaustivo, proporcione un entendimiento general del ejercicio de funciones administrativas por particulares, con lo cual se delimita que la participación de particulares por intermedio de grupos se presenta en órganos que cumplen funciones de orden administrativo, como es el caso de los Consejos Superiores de la Administración con participación de particulares.

Dentro de las diversas funciones que cumple el Estado, encontramos las siguientes:

- **La función constituyente**, que es aquella que versa sobre la elaboración y expedición de normas constitucionales, que gozan de

la mayor jerarquía por su rango e importancia tanto material como formal.

- **La función legislativa** que es aquella relativa al procedimiento para la elaboración de la reglas<sup>1</sup> de derecho.
- **La función jurisdiccional**, que tiene por objeto decidir controversias jurídicas, mediante pronunciamientos que hacen tránsito a cosa juzgada.
- **La función administrativa**, cuya definición no ha sido pacífica en la doctrina, habida cuenta de la diversidad de criterios elaborados para determinar su contenido, entre los cuales encontramos el subjetivo orgánico, el teleológico y el objetivo material, entre otros. Es preciso aclarar que dichos criterios pueden adoptar denominaciones diferentes pero un contenido similar.

Así, según el criterio **orgánico** los actos son administrativos, siempre y cuando provengan de una autoridad que conforme la rama ejecutiva, tesis no aceptada generalmente gracias a su dificultad para explicar ciertos actos que, siendo producidos por la administración, no son actos administrativos o viceversa, actos administrativos producidos por la rama legislativa o judicial.

El criterio **residual** es aquel que define la función administrativa de forma negativa, es decir, aquélla función que no es ni legislativa ni judicial será por exclusión administrativa. Este criterio ha sido desechado en razón a que nada dice sobre el contenido mismo de la función administrativa.

---

<sup>1</sup> Ver: HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1963.

De igual forma se ha acogido otro criterio que podemos denominar de **proximidad**, expuesto por SAYAGUÉS LASO<sup>2</sup>, en el cual la administración –igual que la jurisdicción– es ejecución inmediata de la legislación y mediata, es decir, en segundo grado de la Constitución. Esa es la característica que distingue la función legislativa de la administrativa.

Sobre este criterio, vale decir que la distancia con respecto a la Constitución no define el contenido propio de la función administrativa, y además lleva al campo de la legislación actos típicamente administrativos, y viceversa.

El criterio **material**, por su parte, estima que la función administrativa es aquella que se concreta en actos subjetivos, que se diferencia de los actos legislativos en cuanto aquellos son de carácter general.

Sobre el punto, el autor citado argumenta que “se ha observado fundadamente que la actividad reglamentaria es típicamente administrativa y que la opinión expuesta la desplaza al campo de la legislación. A su vez, se ha objetado que al considerar exclusivamente los actos jurídicos, se prescinde de las operaciones materiales que constituyen una parte fundamental de la actividad administrativa”<sup>3</sup>.

El **criterio teleológico** considera que la función administrativa es aquella que está revestida por el interés general. Este criterio resulta inadmisibles por cuanto el Estado cumple sus fines de interés general mediante otras funciones como la legislativa y la judicial, en sus respectivos órdenes.

---

<sup>2</sup> SAYAGUÉS LASO. ENRIQUE. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Montevideo, 1974, p. 40.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 41.

El **criterio funcional** determina la función administrativa como actividad material que concreta los mandatos abstractos de la Ley, mientras que la actividad legislativa o judicial son actividades puramente jurídicas.

En términos generales estos son los criterios utilizados por la doctrina nacional, los cuales en gran medida se han reproducido por la jurisprudencia, y los autores por lo general se han inscrito en alguno de los criterios esbozados brevemente<sup>4</sup>.

Luego de esta breve exposición de los criterios principales para determinar el contenido de la función administrativa, hay que recordar que la función administrativa no se ejerce privativamente por la rama ejecutiva del poder público. Tanto la rama jurisdiccional como la rama legislativa pueden ejercer de manera excepcional función administrativa en ejercicio de sus competencias.

Los órganos que integran la administración actúan mediante actos jurídicos y operaciones materiales, declaraciones de voluntad y hechos, actuaciones estas que constituyen el contenido de la función administrativa. Con respecto a los actos jurídicos, pueden revestir varias formas.

Al respecto, YOUNES MORENO<sup>5</sup> afirma:

---

<sup>4</sup> Sobre los criterios esbozados ver: GARCÍA TREVIJANO FOS. *El Acto Administrativo*. Madrid. Civitas, 1991. Este autor expone cómo para calificar de administrativa una función, es necesario determinar su materialidad y habitualidad. MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1988. Este autor es partidario del criterio teleológico, según el cual la actividad administrativa está definida por su sintonía con el interés general. En este mismo sentido: ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires. Depalma, 1989. Sobre el criterio clásico ver SARRIA, EUSTORGIO. *Derecho administrativo*. Bogotá. Temis, 1957. Este autor, con base en la escuela del servicio público francés, considera que la función administrativa está ligada a la prestación de un servicio público, conforme a la conocida ecuación servicio público = derecho público.

*Actos regla, que son aquellos cuyo contenido es objetivo, impersonal y abstracto, y que regulan por lo tanto situaciones, esto es, aquellas que se predicán de igual manera para todas las personas colocadas en las situaciones previstas por ellos.*

*Actos subjetivos, que son aquellos cuyo contenido es particular y concreto, y dan origen a situaciones jurídicas individuales, variantes, desde luego. Según cada caso, y*

*Acto condición, o aquel que atribuye a una persona determinada los predicados abstractos previstos en las situaciones generales e impersonales.*

De manera general, se puede predicar que las actuaciones de la administración son de carácter variado, con independencia de la forma que revistan, como actos o hechos, de manera que podemos decir que no hay un procedimiento especial, o si se quiere estándar, para el ejercicio de la función administrativa, ya que cada órgano tiene un procedimiento múltiple con el objeto de cumplir sus fines, contrario a lo que ocurre con la función legislativa o constituyente.

Es claro que la función administrativa mediante actos jurídicos y operaciones concreta los mandatos abstractos de la Ley, lo que supone una ejecución permanente de aquella, cosa que no ocurre con la función legislativa o jurisdiccional, la cual se agota en la declaración de voluntad. La función administrativa solo cumple su cometido cuando se verifica en los hechos su cumplimiento.

---

<sup>5</sup> YOUNES MORENO, DIEGO. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá. Temis, 2007, p. 169. En el mismo sentido véase: VIDAL PERDOMO. *Derecho Administrativo*. Bogotá. Legis, 2006. RODRÍGUEZ, GUSTAVO H. *Derecho Administrativo, Teoría General*. 2 tomos. Bogotá. Librería del Profesional, 1995.

De todos los elementos que se han puesto a consideración, la definición de ESCOLA resulta acertada. Así, para el autor citado la función administrativa es “la realización, en forma concreta, de los cometidos estatales que requieren una ejecución material, realización que se cumple de manera inmediata y directa, mediante un actuar que es concreto, continuado y espontáneo, y por tanto permanente y práctico, procurando de ese modo la satisfacción de las necesidades de la comunidad y la de los individuos que la componen”<sup>6</sup>.

Este concepto es acertado en cuanto reúne los caracteres esenciales de la función administrativa y sus diferencias con las demás funciones del Estado, sin embargo, como se advirtió, la definición no es única y se pueden encontrar tantas definiciones como autores en materia de derecho administrativo<sup>7</sup>.

Ahora bien, de gran relevancia resulta para el presente estudio el criterio esbozado por FORSTHOFF, denominado criterio de la procura existencial, comoquiera que se dota a la administración de un papel de intervención social eminente. El citado autor destaca que la procura existencial es una atribución del Estado que recae en la administración como consecuencia de los medios de que ella dispone.

Para dicha teoría el criterio que define el contenido material de la función administrativa está dado en función de brindar las condiciones mínimas de existencia del ser humano, con el objeto de asegurar su participación en la

---

<sup>6</sup> ESCOLA, HÉCTOR JORGE. Op. cit., p. 39.

<sup>7</sup> Sobre el concepto de función administrativa ver: DELGADILLO GUTIÉRREZ, LUIS HUMBERTO. *Elementos de Derecho Administrativo Mexicano*. Noriega Limusa, 1991. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1994. BIELSA, RAFAEL. *Derecho Administrativo*. Imprenta de la Universidad de Santa Fé, 1947. DRAMIS, FERNANDO M. y BUITRAGO, IGNACIO. *Elementos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Oxford University Press.

vida social y política, tarea que FORSTHOFF asigna de forma categórica como una función típicamente administrativa.

Lo anterior se explica en los siguientes términos:

*Con la aglomeración de grandes masas de población en los reducidísimos espacios de las grandes ciudades surgieron para la previsión individual nuevos condicionamientos y exigencias que se hacen notar claramente entre la diferenciación del espacio vital dominado y espacio vital efectivo.*

**1.** *El espacio vital dominado debe entenderse por aquel que le está atribuido de modo tan intenso al individuo que pueda disponer de él o, al menos, que esté facultado para utilizarlo permanentemente.*

**2.** *Por espacio vital efectivo se ha de entender aquel en el que transcurre efectivamente la existencia de los individuos.*

*La ampliación espacial de la población, desatada por la industrialización, ha conducido a que el espacio vital dominado por el individuo se reduzca extraordinariamente (de la casa familiar a la granja, del taller a la vivienda de alquiler, del puesto de trabajo a la fábrica), mientras que la técnica extendía, extraordinariamente, también el espacio vital efectivo.*

*Con el espacio vital dominado, perdió el individuo las seguridades que le habían dotado de cierta autonomía a su propia existencia. Ahora bien, se encontraba predestinado a unas circunstancias que vendrían en ayuda de su indigencia social y que harían posible su*



*existencia sin un espacio vital dominado: gas, agua, energía eléctrica, alcantarillado, medios de transporte etc.*

*Esa indigencia social es independiente de la fortuna personal y se presenta de modo eminente para todo aquel que no tiene asegurada su existencia mediante un espacio vital dominado. Lo anterior implica que el Estado, en concreto la administración a quien se ha asignado la previsión de la existencia, tiene una importante configuración en la sociedad, pues en las sociedades altamente industrializadas ya no hay formas autárquicas de existencia.*

*La previsión de la existencia fracasa en la estructura del Estado de Derecho en la medida en que no encuadra en su lógica, en tanto que su función es simplemente el aseguramiento de libertades negativas, lo cual se traduce en un aparato estatal profundamente abstencionista. Es decir, no hay prestaciones concretas por parte del Estado que conlleven una acción concreta de alguno de sus órganos con el fin de asegurar las condiciones mínimas de existencia.*

Sobre el particular, y en concordancia con lo anterior, SANTOFIMIO<sup>8</sup> expone como uno de los criterios relevantes para determinar funcionalmente la administración, el criterio de la procura existencial, al afirmar que “el llamado criterio de la procuración de la existencia vital, también conocido como el criterio de la administración pública servida bajo la idea de administración abastecedora corresponde a los trabajos desarrollados por ERNS FORSTHOFF en varias de sus obras. Se trata de una concepción eminentemente sociológica y teleológica inscrita como visible modalidad

---

<sup>8</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*. T. I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 96.

del Estado Social de Derecho. Como realidad sociológica sus fundamentos se decantan de las inevitables relaciones entre Estado y Sociedad, y la aplicación de sus conclusiones, la consideración de FORSTHOFF el principal y más importante órgano del Estado esto es, la administración pública”.

En suma, este criterio se deriva de las relaciones entre Estado y Sociedad, las cuales impulsan a la administración a procurar al individuo las condiciones para su existencia, accediendo a los diversos beneficios para lograr dicho fin.

Establecidos los criterios que dan cuenta del concepto de función administrativa, se pasa a revisar cuáles son los fundamentos y cambios sociales que prohíjan la participación administrativa en los órganos que la componen.

## **2. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN DEL ADMINISTRADO COMO FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES**

El problema de la participación del administrado, en tareas consideradas como propias de la administración, supone el análisis de una multitud de causas que escapan al ámbito puramente jurídico. En efecto, dicho problema trae consigo un análisis de fondo referente a la aplicación actual de los paradigmas del derecho administrativo, cuya formulación responde a una coyuntura socio-política determinada, como se verá en los párrafos siguientes.

## 2.1. LA SEPARACIÓN ESTADO-SOCIEDAD

El derecho administrativo es fruto de una construcción histórica determinada que responde a ciertos elementos, de los cuales deriva su fundamento, pero que hoy en día parecen insuficientes para hacer frente a diversas realidades de la administración pública actual<sup>9</sup>.

Así, el derecho administrativo se edifica sobre un pilar fundamental que ha sufrido un sinnúmero de cambios debido a las transformaciones del Estado. Dicho pilar surge como consecuencia de la construcción liberal del derecho administrativo, que parte del supuesto de la separación ontológica entre **Estado y Sociedad**.

En términos generales, dicha concepción parte del supuesto de una radical escisión entre los ámbitos que competen tanto al Estado como a la sociedad, y que se encuentran perfectamente separados en su contenido y objeto. Esta concepción atribuye al Estado una función de intervención mínima que se traduce en la provisión de normas que dotan de seguridad jurídica al comercio, reduciendo la competencia estatal a una simple obligación de abstenerse de intervenir en los restantes escenarios sociales.

Por lo tanto, los demás se presentan como espacios libres donde la sociedad se “autorregula” sin necesidad de ningún tipo de provisión estatal.

Partiendo de lo expuesto, la separación Estado-Sociedad obedece a una construcción teórica del liberalismo que, en términos generales, se puede expresar de la siguiente manera:

---

<sup>9</sup> Sobre este punto véase: RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO. “La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo”. En: *Revista Estudios Socio Jurídicos*. Vol. 4. N° 2. Bogotá, octubre de 2002, pp. 130-153.

Uno de los factores de esta separación puede ubicarse en la tensión existente entre monarquía y soberanía popular, que la doctrina alemana del siglo XIX solucionó edificando la ficción jurídica del Estado-persona, como fruto de la utilización de categorías propias del Derecho Privado.

La persona, como sujeto de derechos y titular de obligaciones aplicable al Estado, significó una mediación entre los conceptos de monarquía y soberanía popular. Como expresa ESTEVE PARDO<sup>10</sup>: “la incorporación del concepto de personalidad jurídica al derecho público atribuyéndosela al Estado se justifica así en buena medida en la pretensión de neutralizar esas tensiones entre realidades políticas mediante su reconversión en un problema de alcance y porte exclusivamente jurídico, en una construcción formal, que se presenta aséptica”.

En el mismo sentido FORSTHOFF plantea que “la cesura más importante en la reciente teoría alemana del Estado fue la recepción generalizada en el segundo tercio del siglo pasado de la idea de que el Estado debe ser considerado una persona jurídica y que la soberanía reside en el Estado como tal persona jurídica, esta teoría fue el ataque intelectual de mayor relevancia a la constitución monárquica del Estado”<sup>11</sup>.

La personalidad como categoría del derecho privado denota la frecuente utilización del mismo con el objeto de aminorar el sustrato político que subyace a las normas de Derecho Público, como ocurre con la construcción liberal de la administración, que pretendía que dicho órgano se sustrajera de vicisitudes políticas, como consecuencia de ser la encargada de fijar el interés general como concepto aséptico o neutral.

---

<sup>10</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La personalidad jurídica en el derecho público y la dialéctica Estado-Sociedad”. En: *Administración Instrumental*. T. II. Madrid. Civitas, 1994.

<sup>11</sup> FORSTHOFF. Op. cit., p. 13.

Así, la atribución del concepto de persona al Estado aminora de forma considerable las discusiones en torno a un modelo político determinado, asegurando una estructura administrativa alejada de vicisitudes políticas que la vincularan con un determinado interés de la sociedad o la economía.

El derecho administrativo tuvo una de sus manifestaciones<sup>12</sup> más importantes en el Estado liberal clásico. Sin entrar a revisar la gama de causas que provocaron las revoluciones liberales, es preciso advertir que la burguesía como grupo dominante pretendía legitimar un orden social, político y económico, por medio del cual se consolidaba un sistema de normas y principios que tradujeran las aspiraciones de dicha construcción.

Basándose en lo anterior, se explica en cierta medida la falta de legitimidad de las normas producidas por el rey, comoquiera que aquellas carecían de positivización, de modo que su fundamento apelaba a consideraciones de orden ético, derivado del derecho divino que condicionaba su producción.

Así las cosas, la fuente de legitimidad de las normas producidas por el rey (el derecho divino), no tenía la fuerza jurídica suficiente como para asegurar el correcto funcionamiento de las transacciones mercantiles, lo que condujo a que la burguesía (cuyo proyecto social estaba basado en el tráfico mercantil), reclamara un sistema jurídico que otorgara una mayor certidumbre para sus actividades.

---

<sup>12</sup> No siendo la única, como expone de forma muy interesante MALAGÓN. Sobre el punto véase MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL. *Vivir en policía*. Madrid. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

Esta situación la expresa FLORES OLEA<sup>13</sup> afirmando que “la sociedad que evoluciona, y la economía capitalista que se desarrolla no se limitaron a aceptar los «principios generales» del derecho que tenían una carga más ética que positiva, sino que exigieron una legislación específica que les otorgara certidumbre y seguridad a las transacciones mercantiles, a sus conquistas, a sus posesiones. La expansión del mundo requería de reglas claras y aplicables, no de normas sin coerción”.

Esto explica la necesidad de implementar normas no solo “positivizadas”, sino alejadas de algún sustrato político, como afirma SÁNCHEZ MORÓN<sup>14</sup>: “así, va a permitir colmar las exigencias de seguridad y contabilidad del Derecho mediante un sistema iusprivatista autónomo, es decir, desconectado de las vicisitudes concretas de la lucha política, y construido sobre la base de unos propios principios racionalistas y formales, igualmente y con posterioridad el mismo postulado se aplicará a la construcción de un sistema rígido y con pretensiones universalizantes de derecho público”.

La pretensión de un derecho público previsible, similar al derecho privado, se justifica en la necesidad de tener un sistema en el cual la acción pública aparezca como previsible, es decir, la atribución de la categoría de persona al Estado extraída del derecho privado (debido a su carácter racional y ajeno a cuestiones políticas) tenía las condiciones necesarias para el desarrollo de la burguesía. Ello por cuanto las normas dictadas por el rey carecían de previsibilidad, en la medida en que eran consecuencia de su voluntad y no de un orden preestablecido alejado de una

---

<sup>13</sup> FLORES OLEA, VÍCTOR. *Crítica de la globalidad*. México. Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 107.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980, p. 20.

determinada concepción política, dentro del contexto de las doctrinas racionalistas.

Es claro entonces que el modelo liberal del derecho administrativo tenía como condición necesaria la separación entre Estado y Sociedad, en tanto que asegura la existencia de normas estables que permiten que la sociedad (integrada por burgueses como clase dominante) gozara de cierta autonomía frente a los órganos estatales.

Ahora bien, dicha separación trae como consecuencia la escisión entre dos tipos de intereses<sup>15</sup>: por un lado el interés general, cuya titularidad está adscrita al Estado, y de otro el interés privado, que reconoce a cada individuo dentro de una esfera propia, libre de intromisión por parte de la Administración.

Por su parte, “el Estado se constituye como el titular de la soberanía y el poder jurídico, con capacidad de determinar el contenido del interés general y para conciliar las exigencias reales, en parte coincidentes y en parte antagónicas, de libertad de comercio privado y actividad estatal, de las clases y grupos sociales que constituyen el bloque hegemónico en el periodo histórico en que se impone tal concepción”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> NIETO señala la dificultad de definir el concepto de interés general de la siguiente forma: “De esta suerte, el concepto de interés general o colectivo, puede ser definido desde diversas ópticas, por ejemplo, desde su sintonía con el bien común, o como un concepto relativo carente de objetividad, debido a que en su formulación confluyen un sinnúmero de intereses que pugnan por ser reconocidos. Aquellos intereses pueden calificarse como naturales o artificiales, refiriéndose los primeros a aquellos intereses que no necesitan reconocimiento ulterior de órgano estatal alguno, por ser preexistentes e inmutables a la creación del Estado mismo. Los segundos derivan de un reconocimiento por parte del Estado de un cierto interés que es definido por cualquiera de sus componentes. En fin, el concepto debido a su indeterminación puede revestir innumerables interpretaciones”. NIETO, ALEJANDRO. “La administración sirve con objetividad a los intereses generales”. En: *Estudios de derecho y ciencia de la administración*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 125 y ss.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ MORÓN. Op. cit., p. 21.

Es importante esta clasificación de los intereses, como ya se anotó, dado que el Estado debe reducir considerablemente su intervención, garantizando la autonomía de la sociedad frente a aquél, de forma tal que la Ley se constituya en instrumento de la autonomía social, requiriendo de ciertas normas para asegurar el tráfico mercantil y la libertad del mercado como principales instrumentos de regulación social.

El fundamento del Estado mínimo y abstencionista se justifica por la existencia de una sola clase social (burguesía), con intereses marcadamente censitarios que garantizaban la autorregulación de la sociedad frente al Estado. Lo que debe entonces resaltarse es que a la concepción citada subyace un concepto del Estado como sujeto neutral, independiente, autónomo, libre de vinculaciones, con una clase o de cualquier consideración de otro orden, un Estado que no interviene en los procesos sociales (como el comercio), lo que garantiza la autorregulación social.

De esta suerte, los intereses presentes en la sociedad se reducen a los puramente individuales, los cuales son representados por la clase dominante como “grupo” hegemónico, haciendo inviable la aparición de intereses de otra clase de actores sociales. Hay que advertir que los intereses individuales predominantes en las circunstancias descritas constituyen un interés de grupo, bajo el entendido de que si bien se protegen y reconocen como individuales, son coincidentes entre sí con relación a los restantes individuos.

Referente obligado para la comprensión de la doctrina analizada es el Decreto del 14 de julio de 1871, que disponía:

*Siendo una de las bases fundamentales de la Constitución Francesa la supresión de toda clase de corporaciones del mismo*



*Estado y profesión, queda prohibido restablecerlas de hecho bajo cualquier pretexto y bajo cualquier forma. (...) Los ciudadanos del mismo Estado y profesión como a los patronos, los que tienen tienda abierta los obreros y artesanos de cualquier oficio no podrán, hallándose reunidos, nombrar presidente, secretarios ni síndicos ni mantener registros, tomar decisiones ni deliberar ni formular reglamentos sobre sus pretendidos intereses comunes.*

Este antecedente constituye la base teórica de la separación entre intereses individuales e intereses de grupos, ya que, como se dijo, solo existía una clase que monopolizaba la representación social. Esto tiene como consecuencia importante la explicación de porqué el Estado liberal clásico, compuesto fundamentalmente por una clase, no fue un factor determinante en la configuración social.

Pues bien, dentro de esta concepción el Estado se encuentra limitado de forma cualitativa y cuantitativa, como lo explica WINKLER<sup>17</sup>: “aun cuando sea necesario que el sector público sea expansivo, no puede llegar a desplazar completamente o a sustituir a la propiedad e iniciativa privadas sin que se produzca una fisura política sustancial, debido a la resistencia activa que ejercerá la burguesía o el empresariado como grupo de intereses, representado por sus asociaciones”.

### **2.1.1. Algunas reflexiones sobre la separación Estado-Sociedad**

La separación Estado Sociedad es simplemente una construcción precisa para legitimar un modelo de Estado determinado, no obstante, la realidad ha rebasado dicho planeamiento teórico, comoquiera que aun cuando el

---

<sup>17</sup> SOLÉ, CARLOTA. “El debate corporativismo-neocorporativismo”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*, N° (26), 1984, p. 15.

modelo liberal separara teóricamente al Estado y a la sociedad civil, los órganos gubernamentales tienen siempre algún grado de injerencia en la sociedad.

Así lo reconoce la doctrina al afirmar que “El Estado interventor o configurador de la sociedad o vinculado con ciertos intereses no aparece necesariamente en el siglo XIX en que tal teoría apareció puesto que el Estado, de forma continua y eficaz convertía en propios los intereses sociales, como lo muestran las medidas encaminadas al fomento de la industria, la construcción de ferrocarriles, sistema de correos, telégrafos y teléfonos que aprovecharon directa y consecuentemente a la sociedad, aun cuando también entrasen en juego consideraciones militares”<sup>18</sup>.

La intervención estatal por medio de la administración pública en la sociedad se presenta como consecuencia de su estrecha relación con la determinación del interés general, y en la gama de poderes otorgados a los órganos que la componen, lo que le permite dotar de contenido a la dicha cláusula.

Este aspecto lo explica LUCIANO PAREJO<sup>19</sup> en los siguientes términos:

*De ahí justamente la conexión institucional con el interés general de la Administración pública, en tanto que parte de la estructura política estatal, concretamente de la constitucionalidad constituida para la ejecución, la realización de forma específica (mediante una acción sistemática) del ordenamiento estatal.*

---

<sup>18</sup> FORSTHOFF. Op. cit., p. 29.

<sup>19</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La personalidad jurídica y su distinta construcción: personas privadas y públicas administrativas*. Federación Nacional de Cafeteros-Asociación de Ex magistrados de las Altas Cortes (Asomagister). Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, 2007, p. 18.

Sobre las relaciones Estado Sociedad el Tribunal Constitucional Español ha precisado, en su Sentencia 18/1984, lo siguiente:

*El principio de interacción entre Estado y Sociedad, que trasciende a todo el orden jurídico. En el campo de la organización, la interpenetración entre Estado y Sociedad, se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes. La interacción Estado-Sociedad y la interpretación de lo público y lo privado trasciende, pues, al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes de suerte que la función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la CE.*

Ahora bien, que la administración se convierta en un factor de configuración social no implica en medida alguna que la distinción entre Estado y Sociedad se presente como inexistente, toda vez que se mantiene la distinción - derecho público/derecho privado - , los cuales regulan ámbitos diferenciados y se rigen por principios disimiles.

Así lo anota PAREJO ALFONSO: “la pertinencia de la distinción entre Estado y sociedad, sin perjuicio de su recíproca imbricación, es condición para la correcta realización de un orden constitucional democrático basado en el reconocimiento del elenco de derechos y libertades públicas derivado del valor central de la dignidad de la persona, que exige la libertad precisa para el desarrollo autónomo de su personalidad en sociedad. En este sentido, sin negar la pertinencia de la distinción, sostiene que ambos conceptos –sociedad y Estado– responden a una realidad única total en el

que aparecen unidos como los glóbulos rojos y blancos en la sangre, existiendo entre ellos más bien una «relación de compensación» para su equilibrio”<sup>20</sup>.

Partiendo del supuesto anotado, el mismo autor analiza que “en la medida en que el complejo de acciones que se producen en el seno de la sociedad, aquél no puede erigirse en auto-organización de ésta, alcanzando identidad con ella. De ahí que ambos pertenezcan en la relación que media entre sistema político diferenciado y sistema social de conjunto. Justamente en la diferenciación funcional ligada a este dato consiste la razón de ser actual de la distinción”.

Su significación, asimismo actual, reside en expresar la alternativa a la identidad entre Estado y Sociedad, y con ella tanto al Estado como a la sociedad total. Allí es donde desaparece la diferenciación entre ellos y ambos se confunden, cae por su base de hecho la limitación de las funciones estatales, que es la que, en definitiva, permite la separación entre la existencia privada de la pública sin la cual no es posible que la libertad sea real y efectiva. La diferenciación en sí no supone, sin embargo, un resultado cierto, pues deja esencialmente abierto el campo para configuraciones muy diversas, todas ellas respetuosas con tal presupuesto, por tanto, no representa talismán seguro contra el peligro de la identidad entre Estado y sociedad.

De ahí que lo verdaderamente importante sea “la concreta configuración de la comunidad política (dirigida a evitar los peligros extremos de totalización del Estado o de la sociedad), lo cual es cuestión ya del Derecho positivo: la Constitución y la Ley”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibídem*, p. 21.

<sup>21</sup> *Ibídem*, p. 22.

Hay una interrelación entre los sistemas de sociedad y el Estado, en el cual se erigen relaciones complejas que van más allá de una simple asesoría en la fijación de políticas públicas y problemas que, en general, tienen que ver con el interés general y su configuración, creando un nuevo concepto de lo que se debe entender como público y su construcción.

El tema de la participación tiene estrecha vinculación con las relaciones entre los ámbitos descritos, en razón a que las normas constitucionales, que por supuesto son normas de derecho público, prevén la participación de actores sociales dentro de las instituciones concebidas por el constituyente como órganos estatales, y en especial de órganos integrantes de la administración dotados de medios especiales con estrecha vinculación con el interés común.

De esta forma, las políticas públicas se presentan como un problema complejo en el que intervienen una diversidad de actores con intereses contrapuestos, bajo un lenguaje propio derivado de su pertenencia a un sector.

PIERRE MULLER<sup>22</sup> pone de presente que “estos fenómenos son la multiplicación y diversificación de los actores que participan en las políticas públicas, la sectorización, la fragmentación y la descentralización del Estado, el debilitamiento de las formas entre lo público y lo privado, la importancia creciente de los actores «transnacionales» y, más generalmente, la estructura cada vez más compleja de los sistemas de decisión públicos, ligada especialmente a la interdependencia creciente de los sistemas de información”.

---

<sup>22</sup> MULLER, PIERRE. *Las Políticas Públicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 81.

## **2.2. CAMBIOS CONCEPTUALES DEBIDO A LA INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Antes de entrar en la materia propuesta en esta parte, es importante aclarar que la intervención del Estado como actor social no se presenta necesariamente con la introducción del Estado Bienestar, como se sostiene en este capítulo, sino que hay manifestaciones anteriores a la consagración de dicha cláusula, que evidencian que el Estado con mayor o menor intensidad ha sido un actor de configuración social permanente.

Partiendo del anterior supuesto se hacen breves comentarios sobre la situación descrita sin mayor extensión, y con el objeto de ilustrar dicha postura, pero se debe insistir en que la tesis a sostener es aquella según la cual el Estado es un factor de configuración fuerte y decisivo desde la introducción de la cláusula Estado Social de Derecho.

### **2.2.1. Antecedentes**

Una de las primeras manifestaciones de intervención del Estado mediante la administración en la configuración social, anterior a la introducción de la fórmula Estado Social, es la descrita por PAREJO<sup>23</sup> en los siguientes términos: “según se ha dejado expuesto anteriormente, en una declaración de Francisco I del año 1515 y en un contexto histórico en que el afianzamiento definitivo del poder real se suma a la ampliación de éste desde los estrechos márgenes de la justicia y las finanzas al mantenimiento del buen orden en el reino y al fomento en él de la mayor prosperidad posible, nuevo contenido que acabará cuajando en la denominada policía”.

---

<sup>23</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *El concepto del derecho administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. P.122.

En este mismo sentido, el autor citado explica que “la sistematización conforme a principios generales de la pluralidad múltiple de reglas dictadas por el monarca para hacer el viejo orden de cosas (debe recordarse que en el absolutismo ilustrado el poder real asume un papel de progreso, de reformas sociales)”<sup>24</sup>.

En otro aparte explica cómo la ciencia de la policía constituye un factor importante por medio del cual el Estado interviene en la sociedad, cuando afirma: “la ciencia de la Policía, refleja pues, en definitiva, el proceso de reforma social asumido por el Moderno Estado absoluto ilustrado, conforme a las ideas del siglo de las luces, y por tanto, de su superación del viejo orden señorial y estamental, así como al propio tiempo el intento de la tendencia hacia la racionalización, de sumisión a las reglas del derecho compleja acción pública del Estado, dirigida precisamente a la consecución del progreso y del bienestar de los súbditos (la acción administrativa)”<sup>25</sup>.

El Estado Moderno, con independencia de la previsión del Estado Social de Derecho, tiene una fuente de intervención en la sociedad que deriva de su poder soberano, la cual consiste en su poder de determinar a los asociados lo legal e ilegal. FORSTHOFF<sup>26</sup> al respecto argumenta que “la Soberanía confiere a su titular no sólo el monopolio de la violencia legítima, sino también la capacidad de definir lo legal e ilegal y ello sin sanciones en caso de abuso de poder. Por su parte, BODINO reconocía que la admisión de tales sanciones llevaría a la negación de la soberanía”.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>26</sup> FORSTHOFF. Op. cit., p. 11.

Estas citas demuestran que la separación Estado-Sociedad erigida por el liberalismo no es viable, en la medida en que el Estado siempre interviene como un actor de la dinámica social, aun cuando sólo tenga ciertos poderes mínimos.

### **2.2.2. La cláusula Estado Social de Derecho como factor determinante de la intervención administrativa en la sociedad**

Se trata en este aparte de dar cuenta de algunos aspectos fundamentales de las implicaciones del concepto de Estado Social de Derecho, de modo que se pueda caracterizar a dicho tipo de Estado como un escenario propicio para el desarrollo de actores colectivos, así como las relaciones de dichos grupos con la estructura administrativa.

COLÓN GONZÁLEZ<sup>27</sup> expresa que el término “Welfare State comienza a emplearse en Gran Bretaña durante la postguerra para referirse a la aplicación por parte del gobierno laborista de una serie de programas de política social y económica esbozados ya durante la contienda. Sus relevantes caracteres fueron definidos por la extensión de determinados servicios sociales universales, la persecución del pleno empleo como objetivo político prioritario y la asunción de un ambicioso programa de nacionalizaciones. Concretamente, la paternidad intelectual del Welfare State británico se atribuye al informe de Lord Beveridge de 1942 sobre los objetivos socioeconómicos para la postguerra”.

El Estado monoclasa (atendiendo a que en el Estado liberal imperaba la visión burguesa de la sociedad y su modelo político), será paulatinamente sustituido por un Estado pluriclasa<sup>28</sup>, en parte por ciertas reivindicaciones

---

<sup>27</sup> COLÓN GONZÁLEZ, FRANCISCO. “Actores colectivos y modelos de conflicto en el Estado de Bienestar”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (63), 1993, p. 100.



de clases excluidas del juego político, comprometiendo al Estado con ciertos fines que exigen ya no una abstención sobre la esfera de libertad de los individuos, sino acciones positivas en procura del mejoramiento de condiciones de ciertos grupos, cuya participación se encontraba restringida debido a su escasa influencia en las esferas del Estado.

El proceso de industrialización condujo paulatinamente a crear una sociedad profundamente compleja, donde la intervención del Estado se tiene como necesaria y natural, lo que acarrea al paulatino rechazo de las teorías liberales que pretendían diseñar una sociedad autoestabilizada y libre de las diversas intervenciones estatales.

La introducción del adjetivo **social** al Estado de Derecho tiene implicaciones importantes, como lo afirma GARCÍA AMADO<sup>29</sup>: “El Estado tiene una participación cada vez más activa en la configuración de la sociedad, los poderes públicos aparecen comprometidos, incluso por imperativo constitucional, en la empresa de hacer operativos ciertos derechos sociales, impensables bajo la óptica del Estado liberal, el número de las normas de todo rango crece en proporción sólo comparable al aumento de la burocracia y de las necesidades fiscales, las instancias mediadoras entre los sujetos particulares y la maquinaria estatal van en aumento constante, **movimientos corporativos y grupos de influencia de todo tipo** condicionan en medida cada vez mayor la producción de normas y su aplicación, especialmente en el nivel administrativo” (negrilla fuera del texto).

---

<sup>28</sup> Los conceptos enunciados corresponden a lo que en la sociología se denomina sociedades homogéneas y heterogéneas, las cuales corresponden a tipologías antiéticas de sociedades.

<sup>29</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “Sociología sistémica y política legislativa”. En: [Anuario de filosofía del derecho](#), pp. 243-272. En: [www.uv.es](http://www.uv.es) (consulta del 5 de julio de 2008).

Pues bien, bajo estas condiciones el Estado se convierte en un elemento indispensable en la organización<sup>30</sup> de la sociedad, por cuanto adquiere un compromiso en términos de política pública de brindar prestaciones concretas a los grupos o individuos, que pugnan por el reconocimiento de sus intereses concretos en cuanto “ahora se verán obligados (los órganos del Estado) a tomar en consideración de una u otra forma –y eso es lo que verdaderamente importa–, otros intereses distintos (de los de la burguesía), en radical contraposición dialéctica con aquellos”<sup>31</sup>.

Pero de forma correlativa, las relaciones entre Estado y Sociedad se ven profundamente afectadas como consecuencia de la concepción según la cual el Estado, por su papel y funciones, tenía cierta supremacía sobre la sociedad, ecuación que varía como resultado de la intervención social del Estado.

Lo que se quiere significar es que no necesariamente la cláusula Estado Social implica una ampliación de las competencias estatales, es decir, una mayor “estatalización”, ya que la sociedad crece y sus grupos aparecen con un importante poder debido a ciertos conocimientos específicos que rebasan, algunas veces, la propia competencia estatal. Con razón se afirma que el riesgo del Estado moderno es caer preso de los intereses económicos y del capital.

No obstante, el Estado sigue teniendo un ámbito irreductible donde ejerce ciertas competencias que la técnica no puede realizar, convirtiéndolo en un actor fuerte en términos de sus funciones, además de necesario para el

---

<sup>30</sup> Por esta razón la doctrina ha afirmado que “El derecho del Estado Social es por tanto, un sistema jurídico anti moderno que, sin renunciar a los valores de la modernidad, les niega sin embargo, su carácter absoluto, sustancial y dogmático para acercarse a la complejidad de la sociedad real con soluciones pragmáticas para un mundo moderno. Allí ARANGUREN, JUAN CRUZ. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid. Thomson. Civitas, 2004, p. 161.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ MORÓN. Op. cit., p. 23.

cabal desarrollo de cometidos que nunca podrán ser fruto de la autorregulación social.

El impulso del Estado en general y en concreto de la Administración, como factores de configuración, promueven un cambio en la producción normativa aumentando progresivamente la dependencia de ciertos grupos excluidos que no gozan de medios suficientes para hacer valer sus intereses, lo que trae como consecuencia un necesario auxilio del Estado que correlativamente impone acciones positivas por parte de sus órganos.

Asimismo, el Estado bajo esta concepción debe reconocer la existencia de una sociedad plural, y con ello la existencia de distintos grupos representativos de intereses. Corresponde entonces al “Estado Social<sup>32</sup> y democrático el reconocimiento del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que se manifiesta a través de las distintas organizaciones representativas de ámbitos sociales como medio de ejercer el derecho de los ciudadanos a participar en la vida directamente o por medio de los representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

Es importante tener en cuenta que el Estado interviene de forma trascendente como un actor de configuración social, demostración de que el interés general no es fruto de una definición arbitraria por parte de aquél, sino que la sociedad armoniza con el Estado (en particular con la administración) en la determinación de su contenido y alcance, en un diálogo permanente que da cuenta de las necesarias relaciones existentes entre estos dos ámbitos.

La introducción de la citada cláusula ambienta una concepción distinta de la administración, debido a la complejidad de la sociedad y el papel

---

<sup>32</sup> Allí ARANGUREN. Op. cit., p. 181.

fuertemente interventor de la misma, se produce un desplazamiento de los pesos dentro de las funciones estatales en beneficio de los órganos administrativos. La vinculación necesaria de la administración con la determinación del interés general explica con suficiencia su papel como un actor social en representación del Estado.

Bien pareciera que la cláusula Estado Social de Derecho introduce cambios sustanciales que superan el modelo del Estado monoclasa para pasar al modelo de Estado pluriclasa, en donde la configuración social no es monopolio exclusivo de un determinado estamento social (burguesía).

Bajo este supuesto, la sociedad no aparece como un todo homogéneo, pues en su seno se puede encontrar una multitud de grupos sociales que cogestionan asuntos típicamente gubernamentales relacionados con sus intereses.

La heterogeneidad de la sociedad se presenta como una alternativa que puede redundar en algunas ventajas como la posibilidad de que se “asocien todas las fuerzas sociales a la gestión de los asuntos públicos, se atenúa la lucha de los partidos políticos, se proporciona a los gobernantes la ayuda que el dictamen de la competencia técnica les impone, se legaliza una situación irregular que existe de hecho en todos los países, se les da a los elementos el modo de hacer valer sus razones y defender sus intereses sin necesidad de apelar a recursos externos, tales como revoluciones, huelgas, etc., se impide que los organismos profesionales vivan por fuera de la organización política desarrollando una actividad revolucionaria”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL. “Leyes negociadas, grupos de interés y Congreso”. En: *La Constitución por construir, balance de una década de cambio institucional*. Bogotá. Ediciones Rosaristas, 2001, pp. 151 y ss.

De aquí, que esta sea una de las causas que ha impulsado la participación del administrado en la administración pública, comoquiera que el Estado toma ciertos intereses existentes en la sociedad con el fin de desarrollar determinadas políticas públicas, lo que conlleva un aumento considerable de su intervención en la vida económica y social, institucionalizando ciertos conflictos presentes en la comunidad.

Lo cierto es que esta realidad tiene implicaciones en la gobernabilidad, que resulta de mayor complejidad en el Estado social de Derecho, en tanto que el Estado se convierte en un actor más del mercado, apareciendo como necesario gobernar con actores sociales como opción política deseable para lograr la legitimidad de las decisiones estatales.

De manera magistral, la doctrina explica que “las funciones del Estado se confunden con los procesos e intereses organizados en la sociedad, por lo cual no puede hablarse de una separación de los dos, ello constituye la ordenación de dos formas del ser social, el ser político y el ser social propiamente dicho. HEGEL considera que la sociedad es el sistema de las necesidades y el Estado, por el contrario, como reexpiación de la idea moral”<sup>34</sup>.

En síntesis, “las políticas de «bienestar» aluden, por su parte, a un modelo que pretende amortiguar los efectos colaterales del mercado, regular el consumo de bienes preferentes y no deseables y proporcionar complementos salariales con intenciones redistributivas”<sup>35</sup>. Estas consideraciones llevan a concluir que el Estado es un actor fundamental de intervención social, de tal manera que se compromete con causas de actores colectivos representantes de intereses determinados.

---

<sup>34</sup> *Ibídem*, p. 29.

<sup>35</sup> COLÓN. Op. cit., p. 109.

En este mismo sentido GARCÍA PELAYO, en su concepto de “Estado social”, plasma la evolución del Estado contemporáneo en el sentido de que va asumiendo una responsabilidad creciente para “neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”. La constatación del aumento de la complejidad organizativa de la sociedad civil y de la influencia del Estado en la estructuración de la sociedad significan para el autor “una tendencia a la estatización de la sociedad... y a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos”<sup>36</sup>.

### **3. LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Luego de revisar la separación ontológica entre Estado y Sociedad, sobre la cual se edifica el derecho administrativo, es importante dar cuenta de algunos aspectos puntuales de la estructura de la administración imperante en dicha concepción. Hay, bajo este supuesto, una relación estrecha entre la separación Estado-Sociedad y la estructura de la administración.

En este aparte se revisan algunos aspectos de la estructura administrativa que tienen relación con el tema de la participación del administrado en órganos de la administración.

El fundamento organizativo de la administración impedía la participación de los administrados debido a su extrema rigidez y al dogma del monopolio del interés general, según el cual la administración tenía la potestad de fijarlo mediante sus actuaciones.

---

<sup>36</sup> Citado por PÉREZ YRUELA, MANUEL y GINER SAN JULIÁ. “Corporatismo el estado de la cuestión”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*, N° (31), 1985, p. 14.

Sobre el punto BREWER-CARÍAS<sup>37</sup> explica: “pero el problema es aún más grave en el esquema tradicional de la administración pública que moldeó nuestra disciplina, en sus relaciones con el medio externo: la sociedad y los administrados que la componen. En efecto, la administración pública ideal objeto del derecho administrativo, está montada sobre el dogma superado en la realidad, pero no en las concepciones formales de la separación entre Estado y sociedad civil, el cual conlleva una serie de postulados que aún encontramos en los cimientos de nuestra disciplina: la administración pública y sus relaciones con el exterior, se caracteriza por su rigidez y su signo autoritario, manejada por un cuerpo de funcionarios que cerrados y al amparo de las prerrogativas del poder público, impone su voluntad a los administrados, sin estar sometidos a su influencia. Toda idea de participación, en ese esquema, es visto con reticencia por los funcionarios, y la respuesta burocrática frente al administrado es el secreto y la reserva”.

De esta forma, el único mecanismo idóneo para la intervención del ciudadano estaba constituido por la participación política tradicional, conforme a la cual el administrado puede concurrir a la elección de sus representantes en el Congreso; su afluencia en órganos de la administración es atípica, toda vez que la organización administrativa descansa en un esquema jerarquizado donde el impulso de la acción administrativa emana de la cúspide de la administración. La idea de la unilateralidad es sin duda el cimiento que sustenta la inadmisibilidad de formas participativas dentro del marco administrativo<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> BREWER-CARÍAS, ALLAN. *Estudios de Derecho Administrativo*. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1987.

<sup>38</sup> Sobre el punto ver: WEBER, MAX. *Economía y Sociedad*. México, D.F. Fondo de Cultura Económica, 1944.

La realidad ha superado el esquema formal de la jerarquía dando paso a la participación del administrado en la administración, teniendo en cuenta que hay intereses distintos a los individuales que comulgan con el concepto de interés general y que deben ser reconocidos a la hora de formular una actuación, bien sea por la democratización o el pluralismo, o por la fuerza que pueden alcanzar ciertas organizaciones con respecto a la administración.

Ahora bien, otra de las causas que ha generado el fenómeno de participación administrativa surge de la crisis de **la participación política**, que consiste, en términos generales, en la ausencia de representación real de los intereses sociales en juego, por intermedio de una especie de mandato, el cual carece de efectividad práctica como consecuencia del papel de los partidos políticos depositarios de la soberanía que no actúan conforme al mandato que se les otorgó, sino motivados por sus propios intereses.

Resulta muy interesante la exposición de GARCÍA VILLEGAS<sup>39</sup> sobre la crisis de la democracia actual cuando afirma, comentando la posición de MICHELS, que “las decisiones en el Estado (la voluntad general) son el producto, ni más ni menos, que del querer de los partidos. Por eso, el parlamento se convierte en el lugar donde las diferentes comisiones registran decisiones que han sido ya formuladas de antemano en otro lugar. El parlamento y sus leyes son obra de los partidos y no de los parlamentarios. Como consecuencia de esta transformación el parlamentario es más responsable ante el partido y menos ante sus electores”.

---

<sup>39</sup> GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La participación democrática en la Constitución colombiana*. Bogotá. Comisión Colombiana de Juristas, 1997.



Debe considerarse que la movilidad del fenómeno participativo dentro de la sociedad, y en específico dentro del Estado (desplazamiento de la representatividad desde el Parlamento hacia la Administración), obedece a que los partidos tienen un marcado interés electoral (es evidente que los partidos no tienen como único objeto un fin electoral, pero en general se mueven dentro de un mercado donde la consecución de votos es muy importante) que puede resultar insuficiente en términos de representatividad de algunos intereses, comoquiera que los partidos se mueven en un mercado electoral que puede resultar ajeno a ciertas demandas sociales.

Esto explica la movilidad de ciertos intereses a la administración, cuya estructura favorece la participación sin necesidad de intermediar con los partidos y su maquinaria electoral. Este factor revela en cierta medida la progresiva habilitación legal que permite la intervención de particulares en órganos decisorios o consultivos de la administración. La participación administrativa puede lograr resultados deseables, de modo que los intereses son tomados en cuenta a la hora de formular políticas públicas.

Otra de las razones es el crecimiento de la técnica como factor determinante de la participación, que “ha repercutido también en un desplazamiento del centro de gravedad del sistema político. La ingente labor administrativa y la complejidad técnica de los programas económicos y sociales elaborados por el Estado intervencionista sobrepasa la capacidad de especialización de los órganos parlamentarios”<sup>40</sup>.

Dentro de este marco ha de considerarse que la progresiva movilidad hacia la administración de ciertos intereses para su representación encuentra fundamento en aquellas instituciones de la administración en las que se ventilan temas “técnicos” (que, como se dijo, son los únicos que

---

<sup>40</sup> COLÓN. Op. cit., p. 111.

por razón de sus funciones son capaces de soportar ciertas elaboraciones técnicas con el fin de concretar planes de políticas públicas), que coinciden en su lógica con los intereses a los cuales se les otorga un papel participativo.

Otra de las causas que impulsan la participación es la estructura centralizada de la administración, la cual permite a los intereses un núcleo de decisión centralizado que otorga un mayor alcance a su participación en la toma de decisiones con un ámbito geográfico bastante amplio. Vale decir que, por regla general, la participación administrativa se materializa por medio de grupos representativos de intereses colectivos debido a una considerable ampliación de su campo de acción.

Uno de los factores determinantes que propicia la formación de grupos y su consecuente intermediación con el Estado es la crisis del sistema de representación tradicional, comoquiera que “en varias sociedades occidentales se considera que el sistema pluripartidista, de partidos políticos estatales, es incapaz de representar los intereses esenciales de la sociedad. Se precisan mecanismos de mediación y de representación funcionales, de tipo corporativo, según los intereses de los distintos grupos, definidos por criterios ocupacionales, sociales, políticos, religiosos, culturales y otros”<sup>41</sup>.

### **3.1. INTERÉS GENERAL Y ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN**

La formulación que se viene haciendo sobre la administración supone no solo una rigidez conceptual bastante importante en su estructura, sino que a ella subyace una concepción de la misma como órgano aséptico alejado de las vicisitudes de la lucha política, neutra frente a los intereses en juego

---

<sup>41</sup> SOLÉ, CARLOTA. Op. cit., p. 13.

en sociedades complejas y heterogéneas. Este dogma parece fácilmente superable por dos razones fundamentales:

La primera razón tiene que ver con la determinación del interés general, en el que intervienen diversos grupos sociales en su elaboración. Cuando ello ocurre la administración actúa de forma “selectiva”, dependiendo del peso del actor que acude a la elaboración de una determinada política pública, comoquiera que los intereses en juego son formalmente iguales, pero en el plano real la participación está concentrada en determinados grupos sociales.

Pues bien, el interés general como interés en el que concurren para su producción grupos específicos, se puede entender así:

*En los últimos años se ha extendido en todo la idea de que determinados grupos representan el auténtico interés general, recuperando así la vieja idea de la identificación. Grupos poderosos buscan ahora la cobertura del interés general para imponerse al propio Estado o, si se quiere, para lograr que el Estado los haga suyos mediante la invención de un pretendido interés económico general que, impulsado por una empresa o asociación de empresarios beneficia a todos los ciudadanos y justifica, en último extremo, el que el Estado lo asuma, conforme a la conocida consigna, por ejemplo, de que lo que es bueno para la General Motors es bueno para los Estados Unidos<sup>42</sup>.*

La cuestión es determinar cuál es el ámbito de configuración que tiene la administración para fijar el contenido del interés general, y cuál el ámbito o injerencia que tienen los grupos como actores sociales relevantes, en tanto que se relacionan con el Estado e intervienen decisivamente en sus

---

<sup>42</sup> NIETO. Op. cit., p. 148.

políticas. “Esta situación plantea problemas de regulación de esas relaciones para hacerlas compatibles con el sistema democrático, de forma que el «poder privado» no pueda imponerse a los intereses colectivos y que su propio funcionamiento interno no pueda impunemente perjudicar al interés público”<sup>43</sup>.

La segunda razón es el amplio margen discrecional con que cuenta la administración para la definición del interés general y la prestación de servicios públicos como uno de sus fines primordiales. Este margen discrecional puede examinarse desde dos puntos de vista:

El primer punto estima que las facultades discrecionales, de las cuales está dotada la administración para definir el contenido del interés público, son un instrumento que permite a sus órganos la concurrencia de particulares en su estructura con el fin de concertar el ámbito de aplicación de ciertas medidas dentro del marco de sus funciones.

La segunda posición estima que el marco de discrecionalidad otorga un importante margen en el cual “la administración puede auto-organizarse, incluso definir por sí misma las relaciones con los particulares en innumerables materias, especialmente las que hacen referencia a la prestación de servicios públicos. Esta discrecionalidad, se dirá, le permite cumplir su fin institucional con flexibilidad y capacidad de adaptación a las circunstancias”<sup>44</sup>.

En suma, la superación del dogma de la separación Estado-Sociedad modifica la visión del Estado, el cual se tiene como un actor (sumamente cualificado y con ciertos poderes exorbitantes) del sistema social con importantes funciones en la sociedad. Dicha superación pone de presente

---

<sup>43</sup> PÉREZ YRUELA, MANUEL y GINER SAN JULIÁ. Op. cit., p. 14.

<sup>44</sup> SÁNCHEZ MORÓN. Op. cit., p. 28.

el carácter político que adquiere la administración como interventor en la economía y la sociedad, lo que le permite relacionarse con grupos e intereses determinados.

Otro punto de importancia es el relativo a la paulatina pérdida de la facultad administrativa de fijar lo que se considera relevante o no para un sector específico, de modo que los grupos de intereses económicos o políticos buscan oportunidades para exponer sus puntos de vista en diversos órganos del Estado, especialmente en la administración.

El problema fundamental de la construcción de políticas por parte de los actores privados se presenta cuando los intereses por ellos representados resultan contradictorios con los intereses de la administración.

El papel de la administración bajo este supuesto va más allá de una simple labor de ejecución de la Ley, en tanto que se erige como un factor de estabilidad entre los conflictos de grupos que representan intereses colectivos. Como afirma GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “el nuevo Estado Social tiende a estructurarse sobre la corporativización de la representación de intereses, la especialización tecnoburocrática y el crecimiento de la intervención administrativa, entendida ésta como agente directo de la valoración económica y como poder compensador. Y, de este modo, encara una forma de intercambio político regulado entre los actores sociales, capaz de construir un consenso democrático y controlar el ciclo económico en base a las exigencias del mercado”<sup>45</sup>.

Cabe concluir que la estructura de la administración y su funcionamiento se han visto modificados como consecuencia de su creciente papel en la sociedad como forma organizacional de ésta. Así lo reconoce

---

<sup>45</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. “Acción pública y reacción ciudadana: el papel de la sociedad civil en el Estado democrático”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (81), 2000, p. 12.

SCHMITTER<sup>46</sup>: “(la) especificidad (del Estado), su unidad y su soberanía han disminuido, parece que el Estado en Europa Occidental y en Norteamérica ha aumentado «su» capacidad de penetración en la sociedad con «sus» normas –de afectar al comportamiento de sus ciudadanos, de extraer recursos, de recoger información, de regular intercambios económicos, de distribuir bienes y servicios– y de hacer todo esto con un cierto grado de «autonomía relativa» tan confuso como sin precedentes”.

#### **4. LA POSICIÓN DEL ADMINISTRADO**

Otra de las fuentes de la participación administrativa es el reconocimiento de intereses que superan los puramente individuales, los cuales constituyen el núcleo de dicho fenómeno. En efecto, el reconocimiento normativo de figuras participativas obedece a la organización creciente de los intereses colectivos que dotan de fundamento a toda suerte de organizaciones representativas de dichos intereses.

Acerca de la situación descrita, BREWER-CARÍAS<sup>47</sup> anota que, “en ese orden de ideas, podemos decir que la participación administrativa propiamente dicha se manifiesta realmente, cuando se produce la intervención de sujetos de derecho a la actividad administrativa en defensa de intereses supraindividuales; y esto puede ocurrir tanto en casos en los cuales es un individuo el que participa en representación de intereses colectivos o difusos de los que no es titular individualmente, sino como parte de una comunidad; como en los que es la asociación o comunidad la que participa, en representación de los intereses difusos o colectivos”.

---

<sup>46</sup> SCHMITTER. “Neocorporativismo y Estado”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (31), 1985, p. 49.

<sup>47</sup> BREWER-CARÍAS. Op .cit., p. 39.

Desde este ángulo la participación del administrado se puede catalogar de tal, siempre y cuando, como se dijo, se actúe en defensa de intereses colectivos o difusos, habida cuenta de la existencia de mecanismos de participación individual en la administración que no sugieren novedad alguna. De esta consideración surge una importante clasificación de los modelos de participación.

La primera es la denominada **participación tradicional**, que consiste en la intervención del administrado de forma individual, con el fin de garantizar el derecho de defensa o de brindar ciertas ayudas de tipo técnico a la administración, con el objeto de facilitar una determinada decisión. En este sentido, el citado autor expresa que “en el mismo orden la Administración, con frecuencia, asocia a particulares en la toma de decisiones mediante un requerimiento de colaboración personal o técnico con el objeto de examinar un problema o adaptar una decisión proceso en el cual, el particular si bien no actúa defiende su propio interés personal o directo, tampoco lo hace en nombre de algún otro interés general concretizado”<sup>48</sup>. Como quedó expuesto, la situación es distinta cuando la participación viene por conducto de actores colectivos, circunstancia que se debe calificar como participativa.

Dentro de este marco ha de considerarse que la aparición de intereses difusos y colectivos determina la formación de organizaciones con una capacidad técnica que busca que los cargos más importantes de la organización administrativa sean cubiertos por expertos, lo que conlleva que “la Administración ha perdido su posición de primacía que ostentaba frente a la sociedad. Se apunta a un proceso que conduce a despojar a la administración de su escénica soberana y a equipararla a las formas de organizaciones sociales”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>49</sup> FORSTHOFF. Op. cit., p. 189.

Esto conduce a que cada vez se necesite con mayor premura de saberes especializados para cumplir con sus funciones, lo cual indica que hay una importante pérdida de poder, además de la consecuente adecuación a los estándares de los expertos.

Es prudente advertir que en Colombia la situación no ha sido tan clara, por cuanto leyes pretéritas no reconocían de forma expresa la defensa del administrado ni su derecho a ser oído en los procedimientos administrativos, como forma de participación en defensa de intereses individuales, lo cual quiere decir que aquellas garantías son una conquista relativamente reciente<sup>50</sup>.

Para este propósito es importante diferenciar los conceptos de interés difuso e interés colectivo como presupuesto participativo, tal y como se verá a continuación.

---

<sup>50</sup> Sobre el punto es importante revisar algunos artículos del Decreto 2733 de 1959, en lo relativo a su objeto consagrado en el art. 1º, el cual dispone: "Que conforme al artículo 1º de la Ley 19 de 1958, la reorganización de la administración pública tiene por objeto: Asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial conforme a planes de desarrollo progresivo establecidos o que se establezcan por la ley; la estabilidad y preparación técnica de los funcionarios y empleados; el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales; la simplificación y economía en los trámites y procedimientos; evitar la duplicidad de labores o funciones paralelas, y propiciar el ejercicio de un adecuado control administrativo" (subrayas fuera del texto original). En efecto, dentro del objeto normativo no se hace alusión expresa a la garantía de los derechos del administrado frente a las decisiones de la administración, solo una referencia al adecuado control administrativo o gubernativo. Lo anterior se evidencia en la regulación de los procedimientos gubernativos, donde preponderantemente se impone la notificación de los actos administrativos, en relación con la forma en que aquella se debe hacer. Luego el Decreto hace una relación de los recursos procedentes contra las actuaciones de la administración, sin regular el recurso de queja, que como se sabe procede en el evento de ser negado el recurso de apelación. De estas disposiciones podemos concluir que el tema de la participación tradicional solo se ha venido a consolidar en Colombia con la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1984, lo cual prueba que en nuestro entorno las formas participativas tradicionales han tenido un déficit considerable.



#### 4.1. EL CONCEPTO DE INTERÉS DIFUSO

Dentro de los intereses supraindividuales el ordenamiento jurídico y la doctrina han reconocido una serie de prerrogativas distintas de las puramente individuales, denominadas derechos difusos o colectivos, que constituyen una forma diversa de intervención participativa donde los intereses personales quedan supeditados a otros comunes, y tienen un tratamiento procesal diferenciado, además de ciertas acciones propias para su protección.

El interés difuso se ha entendido como “aquel interés jurídicamente reconocido pero que corresponde a una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos. Esta es su nota característica: la indeterminación, su reconocimiento por el ordenamiento jurídico puede ser implícito o explícito, y potencialmente, en algunos casos puede abarcar a todos los sujetos que integran la comunidad”<sup>51</sup>.

Algunos de estos derechos están consignados en normas constitucionales, en especial aquellas normas relativas a los derechos sociales, económicos y culturales, además de los reconocidos como pasibles de acciones populares o de grupo, que constituyen programas que dependen de posibilidades de orden técnico, jurídico y económico<sup>52</sup>. De estos derechos podemos destacar el derecho a la salud, la educación, la vivienda digna, el ambiente sano, etc., de manera que dichos intereses pertenecen a todos y cada uno de los componentes de una pluralidad indeterminada, lo que excluye que sean intereses de una comunidad organizada determinada, donde hay una sumatoria de intereses concretos e individuales que componen el interés supraindividual.

---

<sup>51</sup> SANCHEZ MORON. Op. cit., pp. 116 y ss.

<sup>52</sup> Sobre el concepto de derechos humanos ver: VALENCIA VILLA, HERNANDO. *Los Derechos Humanos*. Madrid. Acento Editorial, 2001.

Es necesario recalcar que “este tipo de interés no legitima a un determinado sujeto para su protección, es decir, no es un interés que permita la protección de derechos individuales y concretos. Por ejemplo, el derecho a la protección de la salud no puede dar origen a una acción judicial de un individuo a que se le haga un determinado tipo de operación en un hospital público. Tampoco es interés legítimo, personal y directo respecto de la legalidad de las actuaciones de la administración que pudieran afectar la esfera subjetiva de un sujeto de derecho en concreto, por ser este destinatario de un acto o encontrarse en una situación jurídica directamente afectada por dicha actuación. Por ejemplo, la decisión administrativa de un hospital de despedir al personal afectado a un servicio determinado no podría ser impugnada por un sujeto con base en su interés difuso a la protección de la salud”<sup>53</sup>.

Se aclara que, por el contrario, el derecho de un individuo a que se le suministre un determinado tratamiento médico por una determinada empresa de salud sí puede solicitarse mediante la acción de tutela. La cita anterior se refiere a situaciones relativas a los intereses supraindividuales.

Cabe señalar que la doctrina ha precisado que el interés difuso no puede comportar un simple interés a la legalidad o constitucionalidad de las normas legales, sino que reviste un interés preciso como en el caso derivado de la posición de los sujetos intervinientes, como en las asociaciones de consumidores, lo cual concreta en alguna medida los denominados intereses difusos.

Para finalizar, es importante tener presente que la doctrina ha reconocido un sinnúmero de formas en las cuales el administrado puede participar en

---

<sup>53</sup> BREWER-CARÍAS. Op. cit., p. 36.

la administración, pero, como se dijo, el instrumento de mayor relevancia se expresa por medio de los intereses difusos y colectivos. Dentro de estos medios de participación destacamos el denominado acto administrativo consensual<sup>54</sup>, que constituye una forma de participación, teniendo en cuenta que el administrado concurre a la formación volitiva del acto administrativo, sin que dicho acto pierda su carácter de unilateralidad.

#### **4.2. EL CONCEPTO DE INTERÉS COLECTIVO**

Como se indicó, los intereses supraindividuales que constituyen el núcleo esencial de la participación del administrado en la administración pueden revestir dos formas: los intereses difusos y los intereses colectivos, de los cuales se precisará su concepto.

Cabe destacar que los intereses colectivos, si bien son una categoría de intereses difusos, sus elementos son distintos por cuanto los titulares del interés tienen características comunes desde el punto de vista social.

Precisado lo anterior, podemos establecer que el interés colectivo es aquel que recae en comunidades compuestas por sujetos más o menos

---

<sup>54</sup> Sobre el concepto de acto administrativo consensual es considerable el aporte de PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Manual de derecho administrativo*. Madrid. Ariel, 1999, p. 943. Sobre la definición de acto administrativo consensual el citado autor expresa: “El acuerdo de voluntades entre uno o varios sujetos de Derecho Regulado por el Derecho Administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquella deba ejercer una potestad, así mismo administrativa y para la terminación o preparación –en términos vinculantes– de la terminación de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”. Los elementos que constituyen los actos administrativos consensuales son, a saber: **a)** Una noción de acuerdo o contrato, que por definición supone un acuerdo de voluntades entre determinadas partes. **b)** Supone un ejercicio acordado que versa sobre potestades administrativas. Acerca del régimen jurídico de los actos administrativos consensuales se tiene que, en desarrollo de la actividad administrativa unilateral, con objeto y contenidos a ésta, pero supone un ejercicio de potestades administrativas acordado y supone una parte distinta de la Administración. Tiene como presupuesto de su contenido, que se trata de materias en las que la administración está habilitada para tomar decisiones unilaterales.

determinables; en definitiva, es el interés de un grupo más o menos identificable de ciudadanos, que se persigue en forma unificada, por tener el grupo características y aspiraciones sociales comunes.

En definitiva, los intereses colectivos se fundamentan en la homogeneidad de un grupo o comunidad determinada, que actúa en representación de ciertos intereses que le benefician, noción que corresponde al concepto de condiciones uniformes como requisito indispensable para calificar a un interés como colectivo.

A su vez, las condiciones uniformes se pueden entender como aquellas características que le permiten a un número plural de personas identificarse como grupo, pues en virtud de las mismas se relacionan entre sí. Tales condiciones uniformes adquieren relevancia cuando el grupo de personas pretende defender un interés que les es común. Vale decir que las condiciones uniformes no se predicán únicamente del grupo cuando sufre determinado daño, sino que, como se dijo, se configuran en el evento de formular un interés por parte del grupo.

En suma, “en el ámbito político-administrativo la gestión pública es *colectivizada*, de forma que *unos pocos* toman decisiones por *otros muchos*. Las autoridades al tomar una decisión o no decisión implican a todos y cada uno de los afectados de forma ineludible e incluso sancionable. De tal forma que cada decisión colectivizada genera un interés colectivo que atañe a todos los ciudadanos tocados en algún aspecto por la resolución de la autoridad pública”<sup>55</sup>. Eso es muy importante en la medida en que en el seno de los Consejos Superiores se toman medidas de alto impacto social, como se verá más adelante. Por

---

<sup>55</sup> GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, JUAN JOSÉ. “La defensa de intereses ante las autoridades públicas ¿Acción colectiva o acción individual? En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° 65), 1995, p. 41.

tanto, las decisiones colectivas son una de las causas mediatas de la formación de intereses supraindividuales.

## 5. FUNDAMENTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PARTICIPACIÓN

En este aparte se presentan algunas consideraciones generales relativas al tema de la participación como sustento del ejercicio de funciones administrativas por particulares<sup>56</sup>, desarrollando su soporte normativo, doctrinario y jurisprudencial.

### 5.1. PRINCIPIOS DE LA PARTICIPACIÓN

La participación desde el punto de vista jurídico surge de principios establecidos tanto en la Constitución como en normas que la habilitan de forma general y en concreto; se manifiestan, entre otras, en el ejercicio de funciones administrativas por particulares<sup>57</sup>.

Dentro del contexto anotado surge y se entiende la concurrencia del administrado en la administración pública, cuya fuente principal deriva, como se dijo, de **mandatos constitucionales** que prescriben su inclusión en la vida pública en general.

Desde el punto de vista constitucional es una de las finalidades perseguidas por el Estado colombiano a partir de la Carta de 1991, y se irriga en distintos artículos, entre los cuales se destacan:

---

<sup>56</sup> La posición según la cual el ejercicio de funciones administrativas por particulares es una concreción del principio participativo. Véase Corte Constitucional, Sentencias T-497 de 2000 y C-1508 de 2000, entre otras.

<sup>57</sup> Sobre las distintas formas de participación en la Constitución de 1991, puede verse: SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL. *Participación Ciudadana en Colombia*. Medellín. Diké, 1993.

## **PREÁMBULO**

### **EL PUEBLO DE COLOMBIA**

*En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y **participativo** que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:*

**Artículo 1º.** *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, **participativa** y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

**Artículo 40.** *Todo ciudadano tiene derecho a **participar** en la conformación, ejercicio y control del poder político.*

**Artículo 41.** *En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas*

*democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la **participación ciudadana**.*

**Artículo 78.** *La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la **participación** de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.*

**Artículo 95.** *Son deberes de la persona y del ciudadano: Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.*

***De la participación democrática y de los partidos políticos***  
***Capítulo 1: De las formas de participación democrática.***

**Artículo 103.** *Son mecanismos de **participación del pueblo** en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo.*

**Artículo 242.** *Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:*

1. **Cualquier ciudadano podrá ejercer** las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública.

**Artículo 270.** La ley organizará las formas y los sistemas de **participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública** que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

Advertimos que mediante la Ley Estatutaria 134 de 1994, se regularon los mecanismos de participación ciudadana en Colombia. Las normas citadas regulan la participación ciudadana en general, pero vale decir, que las mismas también propician la participación del administrado en la administración.

**Artículo 273.** A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

Los casos en que se aplique el mecanismo de **audiencia pública**, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley.

**Artículo 318.** Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y **asegurar la participación de la ciudadanía** en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus



*municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.*

*En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley, que tendrá las siguientes funciones:*

- 1. **Participar** en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.*
- 2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.*
- 3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.*
- 4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.*
- 5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine.*

**Artículo 374.** *La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.*

*La participación administrativa, que según TAFUR GALVIS, tiene las siguientes modalidades:*

*La procedimental, que se ejerce a través del derecho de petición y el derecho a pedir informaciones (C.N., art. 23).*

*La participación en los procesos educativos (C.N., arts. 45 y 68).*

*La participación ciudadana efectiva en la discusión de los planes de desarrollo y modificaciones correspondientes, sujeto todo a la correspondiente ley orgánica del plan (C.N., art. 342).*

*Participación en la prestación y control de los servicios públicos (C.N., art. 369).*

*La participación en la regulación de la calidad de los bienes y servicios (C.N., art. 78).*

Como resulta evidente, la Constitución de 1991 no fue ajena a la participación. Por el contrario, reconoció la **democracia participativa** como un principio con validez material, que debe tenerse en cuenta en cualquier desarrollo ulterior de ésta.

## 5.2. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA PARTICIPACIÓN

Acerca del alcance de la democracia participativa, la Corte Constitucional<sup>58</sup> desde sus primeras sentencias expresó:

*La democracia participativa como principio, finalidad y forma de gobierno (CP Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.*

*Para hacer realidad el fin esencial de Estado de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (CP art. 2), el Constituyente previó la posibilidad de que la ciudadanía participe, a través de organizaciones representativas de usuarios y consumidores, en el proceso legislativo de regulación de los servicios públicos (CP art. 78), así como en la gestión y fiscalización de las empresas estatales encargadas de su prestación (CP arts. 369 y 48 transitorio). La Constitución no consagra un **derecho fundamental** a participar en la toma de decisiones administrativas en materia de servicios públicos. Corresponde al legislador consagrar tales derechos y desarrollar los mecanismos de participación de conformidad con el marco constitucional que regula la materia.*

---

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

En este mismo sentido, la Corte razonaba así:

*El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual. La participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social.*

### 5.3. LA MAGNITUD DE LA PARTICIPACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA

QUINCHE RAMÍREZ<sup>59</sup> explica las dimensiones jurídicas de la participación en varios niveles, al afirmar que “ (I) La participación como el marco en el que habrán de ser desarrollados los fines, los valores y los principios constitucionales, tal y como lo establece el Preámbulo de la Constitución. (II) La participación como un principio constitucional, desarrollado tanto al modo de la democracia participativa o directa, como el de la democracia representativa o indirecta, de acuerdo con lo normado en el artículo 3º de la Constitución. (III) La participación como un derecho fundamental contenido en el artículo 40 de la Carta, donde se establecen siete modalidades para participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder público. (IV) La enunciación y desarrollo de los mecanismos de participación democrática, fijados en el artículo 103 de la Constitución. La fijación normativa de estos mecanismos y su desarrollo por medio de leyes estatutarias, resulta ser además un notable avance en técnica jurídica, la confirmación del carácter participativo de la Constitución”.

Explica MOLANO LÓPEZ que “la participación como principio presupone el abandono de la dicotomía interés público-interés particular, porque independientemente del interés o motivación que le asista a una persona o grupo para intervenir, el solo hecho de invocar una competencia estatal da por supuesto una confluencia de tales intereses”. Y luego agrega que “tal principio forma parte inevitable de la conducción de los destinos públicos y, por ende, se convierte en una técnica determinante de la transformación del derecho público que invoca la necesaria intervención de los ciudadanos en las actividades y procedimientos estatales y afecta

---

<sup>59</sup> QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez-Ediciones Rosaristas, 2008, p. 41.

los actos jurídicos del poder, como condición de validez e interpretación”<sup>60</sup>.

El mismo autor, además de calificar la participación como un principio, la destaca como derecho en diversos ámbitos de la vida ciudadana, igualmente como deber ciudadano y también como técnica de actuación en el plano socio-económico, como instancias de fomento e instancias consultivas, además del plano social y cultural.

Por su parte, ARAÚJO OÑATE<sup>61</sup> explica que “cuando la Constitución contempla mecanismos de democracia participativa, es posible que el hombre pueda participar en los procesos de decisiones fundamentales del Estado. También la Constitución puede permitir que los asociados del Estado puedan participar en las gestiones de la administración pública o controlarla. La apertura de tales espacios de participación se justifica en la medida en que a los miembros del Estado les interesa que las finalidades de la organización política a la que pertenecen sean alcanzadas, a la vez que con su actuar legitima funcionalmente el ejercicio del poder, con lo cual fortalece la democracia”.

De todo lo anterior se concluye con claridad que la orientación participativa de la Constitución no tiene un carácter puramente accidental, sino que constituye uno de los fundamentos insustituibles de su estructura, lo que explica su consagración como principio constitucional. Por principio puede entenderse aquella de forma muy general, y a efectos del presente trabajo, toda “norma que expresa los valores superiores de

---

<sup>60</sup> MOLANO LÓPEZ, ROBERTO. *Transformación de la Función Administrativa*. Bogotá. Universidad Javeriana, 2005, p. 118.

<sup>61</sup> RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO; SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL; ARAÚJO OÑATE, ROCÍO; PEÑA GONZÁLEZ, EDILBERTO y DINEIGER, PETER. *Control Fiscal Territorial, construcción de un modelo de contraloría tipo*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2008, p. 141.

un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida)”<sup>62</sup>.

Otro principio constitucional consagrado en el artículo 1º de la Carta que habilita la participación en la vida económica y social es el **pluralismo**<sup>63</sup>, por cuanto reconoce que la participación obra en función de concepciones diversas que obedecen a intereses que deben conciliarse de la mejor forma, para lograr una efectiva participación de los administrados y la ciudadanía en general.

Este punto lo anota el profesor SÁNCHEZ MORÓN<sup>64</sup> con gran precisión, así: “Para esta categoría conceptual más estrecha interesa el reconocimiento jurídico de una pluralidad de intereses sociales de diverso tipo, calificados como intereses y como colectivos. Supone aceptar que el interés público no es unitario, ni generalizado, aun menos universal si se acepta la heterogeneidad de intereses públicos”.

Es aquí donde la idea de participación y de pluralismo adquiere relación con el concepto de interés general, en tanto que, como anota QUINCHE, “esta última expresión «interés general», es uno de esos enunciados que adolecen de «indeterminación semántica», pues el significado de la expresión puede ser satisfecha de múltiples maneras, y lo que es más problemático, desde múltiples intereses, algunos de ellos ilegítimos”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> ATIENZA, MANUEL y MANERO, JUAN. “Sobre reglas y principios”. En: *Revista Doxa*. N° (10), 1991, p. 104.

<sup>63</sup> Sobre el concepto de pluralismo ver: DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN. “Liberalismo, pluralismo y coacción”. En: *Revista Doxa Filosofía del Derecho*. N° (11), 1992, pp. 87-116.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

<sup>65</sup> QUINCHE. Op. cit., p. 79.

Partiendo de la anterior reflexión, se vislumbra que el crecimiento del principio participativo y el pluralismo, como conceptos constitucionales, tienen una muy cercana relación con el concepto de interés general, atendiendo a que entre mayor pluralidad de intereses habilitados para participar en decisiones públicas, mayor dificultad tendrá la determinación del denominado interés general. El principio de participación trae como consecuencia que el Estado vincule una mayor cantidad de intereses en la fijación del contenido de dicho interés.

Para la Corte Constitucional<sup>66</sup> hay una relación de conexidad innegable entre el principio de participación y el pluralismo, en tanto que son normas que expresan valores social y políticamente relevantes. Esta relación la expresa la Corte cuando afirma que “La relación inescindible que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana, trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad”.

#### **5.4. LA PERSPECTIVA PARTICIPATIVA CONFORME A LA JURISPRUDENCIA**

La Corte Constitucional, en Sentencia C-089 de 1994, hizo una afortunada síntesis de la participación a lo largo del ordenamiento constitucional, en los siguientes términos:

*Las relaciones entre el Estado y los particulares se desenvuelven en un marco jurídico, democrático y participativo como claramente aparece en el preámbulo de la Constitución y es reiterado en el Título I de los principios fundamentales. El artículo 1º de la Constitución define a Colombia como un Estado social de derecho*

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



*organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista, mientras que el artículo 2º establece dentro de los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Los principios de soberanía popular (C.N., art. 3º), de primacía de los derechos inalienables de la persona (C.N., art. 5º), de diversidad étnica y cultural (C.N., art. 7º) y de respeto a la autodeterminación de los pueblos (C.N., art. 9º) constituyen junto con los anteriores el ideario axiológico que identifica el sistema jurídico colombiano y le otorga su indiscutible carácter democrático y participativo, presente en los distintos escenarios, materias y procesos de la vida institucional y social del país.*

*En materia del ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales por su parte han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa.*

*Los instrumentos de participación democrática garantizados en la Constitución no se limitan a la organización electoral sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria.*

En lo relacionado con el tema que se viene tratando en este trabajo, es importante destacar que la dimensión de la participación tiene incidencia directa en el sector privado, y en concreto en los gremios de diversa índole que deben observar la aplicación del principio constitucional. En la misma sentencia arriba citada expresó la Corte:

*En cuanto a la democratización de las organizaciones privadas, la Constitución exige de los colegios profesionales, de los sindicatos y de los gremios una estructura interna y un funcionamiento acordes con los principios democráticos (C.N., arts. 26 y 39), y así mismo obliga a las organizaciones deportivas a adoptar una estructura y propiedad democráticas (C.N., art. 52). Es deber del Estado contribuir a la Constitución de mecanismos democráticos que operen dentro de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales de manera que se ejerza un control y vigilancia más efectivos de la gestión pública desarrollada por aquéllas (C.N., art. 103).*

Por último, y estableciendo el alcance del principio objeto de estudio, la Corte concluye:

*La breve relación anterior de las normas constitucionales y su correspondiente alcance jurisprudencial sobre lo cual edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohíja **es a la vez universal y expansivo**. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible*

*de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.*

En suma, la participación es un principio con validez material que condiciona el ejercicio del poder en todos sus niveles. Con respecto a su fuente puede decirse que tiene una **mediata o directa y una inmediata o indirecta**. La primera se refiere a la normas de orden constitucional que habilitan la participación en los diversos ámbitos objeto de su aplicación, y la segunda tiene que ver con el conjunto de normas de rango legal que desarrollan o concretan el principio de participación. De forma general ya se revisaron las normas constitucionales referentes al tema.

## **5.5. DESARROLLOS LEGALES DE LA PARTICIPACIÓN**

Con respecto a las normas legales pueden citarse, entre otras, las siguientes:

En primer lugar, la Ley 489 de 1998 consagró avances relevantes en materia de participación, lo que puede evidenciarse en el Capítulo VIII, que en su artículo 32 dispone:

**Artículo 32.** *Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y*

*democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto **de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.***

*Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:*

- 1. Convocar a audiencias públicas.*
- 2. Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana.*
- 3. Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos.*
- 4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos.*
- 5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan.*
- 6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.*

Además de lo anterior, la misma Ley regula procedimientos concretos con el objeto de materializar el principio participativo, al prever la realización de audiencias públicas por parte de la administración o a solicitud de los interesados en el evento en que las decisiones administrativas afecten o puedan afectar intereses colectivos, como lo dispone el artículo 33<sup>67</sup>. Bajo

---

<sup>67</sup> “**Artículo 33.** Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos.

”Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada.

esta misma perspectiva, el artículo 34<sup>68</sup> erige como obligación de la administración facilitar las asociaciones de los particulares con miras a realizar un control social de las actuaciones administrativas, mediante la conformación de veedurías ciudadanas, entre otros instrumentos.

De otra parte, y de forma general, pueden citarse una gran cantidad de normas que se refieren al tema participativo, entre las cuales se destacan:

- **Ley 142 de 1994**, sobre servicios públicos, y en concreto sobre la participación en su prestación y control por parte de los ciudadanos.
- **Ley 720 de 2001**, la cual, según lo prescribe su artículo 1º, “la presente ley tiene por objeto promover, reconocer y facilitar la Acción Voluntaria como expresión de la participación ciudadana, el ejercicio de la solidaridad, la corresponsabilidad social, reglamentar la acción de los voluntarios en las entidades públicas o privadas y regular sus relaciones”.
- **Ley 80 de 1993**, sobre contratación pública, que establece que todo contrato celebrado por la administración estará sujeto a la vigilancia ciudadana (art. 66).
- **Decreto-Ley 267 de 2000**, el cual reestructuró la Contraloría General de la República, y prevé en su actual organización una contraloría delegada para la participación ciudadana.

---

”En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada”.

<sup>68</sup> “**Artículo 34.** Cuando los ciudadanos decidan constituir mecanismos de control social de la administración, en particular mediante la creación de veedurías ciudadanas, la administración estará obligada a brindar todo el apoyo requerido para el ejercicio de dicho control”.

- **Ley 99 de 1993**, sobre medio ambiente, señala que su manejo será descentralizado, democrático y participativo, participación que se concreta en los artículos 69, 76 y 102.
- **Ley 100 de 1993**, sobre Sistema de Seguridad Social Integral, dispone en su artículo 153 que se debe estimular la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema.
- **Ley 62 de 1993**, prevé las comisiones municipales de policía y participación ciudadana, las cuales canalizan los reclamos que se presenten sobre el comportamiento de la Policía.
- **Ley 87 de 1993**, sobre control interno, señala que se deben establecer mecanismos para facilitar el control ciudadano.
- **Ley 131 de 1994**, sobre revocatoria del mandato como mecanismo de participación ciudadana.
- **Ley 134 de 1994**, sobre mecanismos de participación ciudadana, los cuales son descritos en su articulado.
- **Ley 190 de 1995** o Estatuto Anticorrupción, la que creó la comisión ciudadana de lucha contra la corrupción y el fondo para la participación ciudadana.

## 6. FUNDAMENTO NORMATIVO Y DOCTRINARIO DEL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES

### 6.1. PRECISIONES CONCEPTUALES

Establecido en forma general el contexto de la participación como principio vinculante, es importante el estudio de figuras que habilitan la intervención de particulares en órganos de la administración o en la atribución de funciones administrativas a particulares, como concreción del principio en estudio. Conviene entonces precisar algunas modalidades de la participación en la administración.

Al respecto SÁNCHEZ TORRES<sup>69</sup> explica que “la participación administrativa puede ser interna o externa, según quienes participan estén o no en la administración.

Se entiende por **participación interna** la intervención de quienes trabajan en la administración en el proceso de formación de la decisión administrativa. Es la participación de los funcionarios y los trabajadores al servicio de la Administración, no en su propia actividad sino en defensa de sus intereses.

La **participación externa** se refiere a la intervención de los individuos y grupos sociales exteriores a la organización administrativa, en las funciones, decisiones y actividades formalmente consideradas como administrativas.

Esta clase de participación puede ser a su vez el ejercicio privado de funciones públicas, es decir, la realización de funciones públicas por un

---

<sup>69</sup> SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL. *Participación ciudadana y comunitaria*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 69.

particular. El particular actúa en su propio beneficio patrimonial y organiza la función administrativa bajo el control de la administración, que sólo fija los principios rectores y ejerce el control externo sobre la misma.

Como se advirtió en la primera parte, no sólo las formas participativas se reducen a las mencionadas, sino que la participación administrativa encuadra en modalidades disímiles que bien vale la pena revisar.

- La **participación pericial**, que consiste en la entrega de conceptos técnicos a la administración por parte de un particular u organización determinada.
- La ya mencionada **participación procedimental**, cuyo vehículo es el derecho de formular peticiones ante los órganos administrativos, que consiste en que el administrado debe ser oído en el proceso de formación de la decisión administrativa. Sobre el principio de participación procedimental BREWER-CARÍAS<sup>70</sup> cita como ejemplo de su consagración legal la Ley Peruana, que en el artículo 1.12 prevé que “Las entidades brindan las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellos que afecten la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o los que expresamente sean excluidos por Ley: y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que **permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión**” (negritas fuera del texto).

---

<sup>70</sup> BREWER-CARÍAS, ALAN. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá. Legis, 2003, p. 70.



La participación procedimental puede revestir diversas formas ya que, como se dejó claro, los modelos de participación administrativa pueden ser mixtos, es decir, determinadas formas participativas pueden “mezclar” diversos tipos o formas de intervención en la Administración Pública. Este es el caso de la **participación consultiva**, en donde la administración en la etapa de formación de la decisión, consulta previamente a los interesados en el primer caso, o acuerda de forma directa el contenido de la decisión con los representantes de determinados intereses.

Estas son las formas relevantes de la participación para efectos del trabajo, no obstante la doctrina ha desarrollado una gran variedad de formas en las que se puede concretar el principio de participación, tal es el caso de la participación directa, individual o funcional.

Para efectos del tema propuesto, es de necesaria mención la **participación colectiva**, en tanto que el marco teórico expuesto en la primera parte explica las causas del creciente influjo de actores colectivos en decisiones propias de la administración, por lo cual suministrar un concepto de participación grupal o colectiva resulta relevante en el trabajo.

Dicho concepto (**participación colectiva**) ha sido entendido por la doctrina como “aquella que se realiza a través de grupos o estructuras sociales organizadas y que puede ser: a) organizaciones corporativas. b) organizaciones comunitarias no corporativas. c) organizaciones de intereses colectivos. d) comisiones mixtas de planificación. e) Consejos económicos y sociales”<sup>71</sup>.

Es preciso tener en cuenta que las organizaciones corporativas son, a su vez, representativas de intereses colectivos y que su participación, en

---

<sup>71</sup> SÁNCHEZ TORRES. Op. cit., p. 72.

ciertos casos, está autorizada en consejos económicos o sociales, como es el caso de los Consejos Superiores de la Administración, en los que se ven representados dichos intereses por gremios determinados.

Ahora bien, el concepto de participación colectiva tiene una estrecha relación con la **participación orgánica**, de modo que en situaciones concretas los grupos de interés se integran a la estructura de la administración con el fin de exponer sus puntos de vista y de direccionar ciertas decisiones a su precisa conveniencia.

La **participación institucional (orgánica)** se entiende en contraposición a la participación funcional, en la medida en que en el primer caso el sujeto o grupo se vincula a la estructura administrativa que se encuentre habilitada legalmente para tal fin, es decir, es una participación **endógena**.

Como ejemplo tipo de la participación orgánica se tiene la concurrencia gremial en los Consejos Superiores de la Administración en tanto que en la segunda (**participación funcional**) el sujeto o grupo participa en funciones propias de los órganos estatales pero sin necesidad de inserción en su estructura, de tal manera que se ejercen las funciones con la vigilancia estatal pero de forma autónoma; este es el caso de las Cámaras de Comercio o los Curadores Urbanos.

## **6.2. FUNDAMENTO NORMATIVO**

El ejercicio de funciones administrativas por particulares constituye una aplicación concreta del principio de participación, comoquiera que dicho principio se hace extensivo a mandantes constitucionales que habilitan la participación de los mismos en tareas consideradas propias de la administración. Este tipo de participación se concreta en la atribución de una función específica a una determinada organización privada para que

la ejerza conforme a los mandatos y principios que inspiran la función administrativa.

El ejercicio de funciones administrativas por particulares tiene fundamento constitucional en los artículos 123 y 210 de la Carta<sup>72</sup>, que disponen:

**Artículo 123.** *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

*Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.*

*La ley determinará el régimen aplicable **a los particulares que temporalmente** desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.*

**Artículo 210.** *Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.*

*Los **particulares pueden cumplir funciones** administrativas en las condiciones que señale la ley.*

---

<sup>72</sup> Es importante tener presente que la doctrina ha precisado algunas diferencias conceptuales en cuanto la interpretación de los artículos 210 y 123 de la Carta, en tanto que se refieren a ámbitos diferenciados por su contenido. Al respecto, y ya que el tema rebasa el propósito del presente escrito, puede verse la obra ya citada del profesor MOLANO LÓPEZ. Op. cit., p. 330.

*La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.*

De otra parte, y bajo la misma perspectiva, el artículo 365 de la Constitución Política en materia de servicios públicos establece:

**Artículo 365.** *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, **podrán ser prestados** por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades **organizadas, o por particulares**. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*

En desarrollo de estos textos constitucionales **el artículo 110 de la Ley 489** de 1998 señala que las personas naturales y jurídicas privadas **podrán ejercer funciones administrativas**, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:

*La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que,*

*en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.*

*Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.*

*Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.*

*La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso.*

El procedimiento que se describe a continuación deberá observarse, según lo dispuesto en los artículos 111 al 114 de la citada ley:

*Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del presidente de la república, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativos, de los gobernadores, de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo, mediante la cual se determine:*

*a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares.*

- b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas.*
- c) Las condiciones del ejercicio de las funciones.*
- d) La forma de remuneración, si fuere el caso.*
- e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.*

*La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:*

*Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.*

*Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.*

*La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. Igualmente si se celebran contratos por cuenta de*

*las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales.*

*Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servicios públicos en relación con la función conferida.*

*Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.*

*La entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular. La posibilidad de prorrogar estos convenios fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional<sup>73</sup>.*

Como se puede apreciar el legislador cumplió con la obligación que le impuso la Constitución con el propósito de determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones administrativas y la consiguiente regulación de su ejercicio.

Ahora bien, con respecto al alcance jurisprudencial de la normativa citada, la Corte Constitucional ha precisado el fundamento del ejercicio de funciones administrativas por particulares en los siguientes términos:

---

<sup>73</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

*Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el Estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas o particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebosando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos **pretenden la integración de personas particulares en las estructuras administrativas**, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que **el Estado les asigna determinadas funciones públicas**, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general.*

En el mismo sentido señaló también la Corte Constitucional, en Sentencia C-316 de 1995:

*La ejecución de algunas funciones propias del Estado a través de la contratación o con la participación directa de los particulares, resulta de cierto modo una tendencia que se descubre a lo largo de la Constitución, y que obedece al interés del constituyente de “desoficializar” en buena parte la actividad pública apoyándose en la participación privada como una forma de acercamiento y colaboración mutua con finalidades productivas de diferente índole entre los sectores públicos y privado.*



Sobre la forma en que se deben ejercer las citadas funciones, la misma Corporación expresó:

*Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación.*

Bajo estos supuestos, queda brevemente expuesto el fundamento normativo de la figura del ejercicio de funciones administrativas por particulares o descentralización por colaboración, así como algunos pronunciamientos jurisprudenciales que determinan su alcance y condiciones.

## **CAPÍTULO II**

### **CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN, FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y NEOCORPORATIVISMO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

En el presente capítulo se abordan de manera relacional los conceptos explicados con ocasión de los dos capítulos precedentes, de tal manera que se analizan aspectos relativos al influjo de particulares en decisiones administrativas y las funciones de algunos Consejos en los que hay participación gremial concreta, con el objeto de establecer sus relaciones con dichos órganos.

Para este propósito se propone, en primer término, un análisis de la regulación legal vigente, con el fin de concluir si las funciones conforme a la definición legal de dichos Consejos son ámbitos decisorios o simplemente consultivos, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, y, partiendo de la exposición general que se hizo en el capítulo anterior sobre los antecedentes de dichos órganos tanto en la reforma

administrativa de 1960 como en la reforma administrativa de 1968, hasta la regulación actual que es en la cual el estudio centra su interés.

No sobra advertir nuevamente, que si bien el análisis histórico-normativo se refiere a los Consejos Superiores en general, el eje central del trabajo gira en torno a los Consejos Superiores en que se advierte la **presencia de particulares, o del sector privado** como concreción de la teoría sociológica expuesta en el primer aparte.

Con el propósito de presentar casos concretos previstos en normas legales en los que se pueda **evidenciar** la participación de los administrados en órganos propios de la administración, el caso de los Consejos Superiores de la Administración reviste una gran importancia, comoquiera que su colaboración en dichos entes es considerable y traduce la presencia gremial en la administración, como ejemplos contundentes de **participación orgánica**.

De esta suerte, se propone un marco general de los Consejos Superiores de la Administración, para luego hacer una breve relación de aquellos que tienen alguna participación particular o gremial, además de un análisis de las funciones que a ellos se han asignado por diversas fuentes y sus consecuencias jurídicas.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN

### 2.1. LA LEY 19 DE 1958

Los Consejos Superiores de la Administración<sup>74</sup> se originaron en la Ley 19 de 1958 sobre reforma administrativa, servicio civil y carrera administrativa, los cuales aparecieron bajo la denominación de **Consejos Nacionales**, con algunas funciones análogas a las que hoy en día ejercen los Consejos Superiores de la Administración.

La norma citada en el capítulo I, al referirse a los organismos de dirección económica y planeación, crea en el artículo 2° **el Consejo Nacional de Política Económica y Planeación** (hoy CONPES), disponiendo al respecto lo siguiente:

*Artículo 2°. Para coadyuvar al desarrollo del plan contemplado en el artículo anterior, créase un Consejo Nacional de Política Económica y Planeación que, bajo la personal dirección del Presidente de la República, y sin perjuicio de las atribuciones constitucionales del Congreso, estudie y proponga la política económica del Estado y coordine sus diferentes aspectos, lo mismo que las actividades de los organismos encargados de*

---

<sup>74</sup> En el informe “Reorganización de la Rama Ejecutiva del Gobierno de Colombia” dirigido por el profesor Lauchlin Currie no se encuentra en antecedente próximo sobre los Consejos Superiores de la Administración. No obstante si hace énfasis en la necesidad de ampliar el horizonte planificador del gobierno, al que le asigna serias deficiencias para la época, y sugiere crear la oficina de Planificación de recursos en el despacho ejecutivo del Presidente con las siguientes funciones: Cabe la pregunta si podría ser éste un antecedente remoto del Departamento Nacional de Planeación y del Conpes. De todas formas para la época del informe, 1951, ya existían organismos tales como el Consejo Superior de Educación..

*adelantarla; vigile la economía nacional y el proceso de su desenvolvimiento; intervenga como superior autoridad técnica en la proyección de los planes generales de desarrollo económico, los parciales referentes a la inversión y al consumo público y las medidas de orientación de las inversiones y el consumo privados; organice el mejor aprovechamiento de la asistencia técnica prestada por los países amigos y las entidades internacionales y armonice el desarrollo de los planes del sector público con la política presupuestal y de crédito público interno y externo. El Consejo Nacional de Política Económica y Planeación estará integrado por el Presidente de la República, uno por el Senado y otro por la Cámara de Representantes. El Senado y la Cámara harán la elección, escogiendo los consejeros que les corresponde designar de entre los nombres incluidos en las listas que con tal objeto les pasará el Gobierno.*

Siguiendo a YOUNES MORENO<sup>75</sup>, dicha reforma se puede resumir de la siguiente forma:

A partir del plebiscito de 1957 se inició en el país una nueva vida constitucional y administrativa. Fue así como en el año 1958 se expidió la Ley 19, que tuvo por objeto dar una orientación técnica a la rama ejecutiva. Esta reforma se emprendió durante el gobierno del doctor Alberto Lleras Camargo, se ejecutó en los años 60 y sus propósitos fundamentales según la propia ley fueron:

- *Asegurar la continuidad y la coordinación en la actividad oficial.*
- *Obrar conforme a planes de desarrollo progresivo.*
- *Lograr simplificación y economía en las tramitaciones oficiales.*

---

<sup>75</sup> YOUNES MORENO, DIEGO. *Las Reformas del Estado y de la Administración Pública*. Bogotá. Escuela Superior de Administración Pública, 2009, p. 54.

- *Evitar la duplicidad de labores y las funciones paralelas.*
- *Promover el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades departamentales y municipales.*
- *Garantizar la estabilidad y la preparación de los funcionarios públicos.*
- *Propiciar el ejercicio de un adecuado control administrativo.*

Para alcanzar esos objetivos la Ley 19 de 1958 creó las entidades que se señalan a continuación:

- *Consejo Nacional de Política Económica y Planeación.*
- *Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos, hoy Departamento Nacional de Planeación.*
- *Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- *Departamento Administrativo del Servicio Civil (hoy denominado de la Función Pública).*
- *La Sala de Consulta y Servicio Civil en el Consejo de Estado.*
- *Escuela Superior de Administración Pública.*

## **2.2. DECRETO-LEY 550 DE 1960**

Posteriormente, y en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, y dentro del desarrollo de la citada reforma de 1960, se expidió el Decreto-Ley 550, que adoptó normas generales para la reorganización de la Administración Pública, y en el artículo 26 sobre la organización de los Ministerios dispuso, entre otros aspectos, que “los organismos destinados a la orientación general del ramo, que incluyan personas ajenas al Ministerio se denominarán Consejos”.

El capítulo VII del mencionado Decreto 550 reguló los anteriores Consejos, adicionando su denominación, así:

*Capítulo VII. Del Consejo Nacional.*

**Artículo 37.** *Son funciones de los Consejos Nacionales de que trata el artículo 26, las siguientes:*

- a) Elaborar recomendaciones sobre la política o planes de acción en el ramo respectivo;*
- b) Estudiar los programas anuales y a largo plazo del Ministerio;*
- c) Hacer recomendaciones sobre coordinación con las entidades dedicadas a actividades que se relacionen con las propias del Ministerio;*
- d) Emitir concepto sobre programas especiales;*
- e) Dictar su propio reglamento.*

Como puede observarse, los Consejos Nacionales son el antecedente directo de los actuales Consejos Superiores de la Administración, en tanto que cumplen funciones de recomendación para la elaboración de políticas en un ramo respectivo, además de variadas funciones consultivas como órganos con nivel de planeación dentro de la estructura administrativa. Es fácil advertir la similitud de sus funciones con las consagradas en las normas actuales.

Así, pues, esta reforma aporta un antecedente muy importante para el tema de estudio, pues allí aparece el Consejo Nacional de Política

Económica y Social Planeación (CONPES), cuya importancia en la formulación de la política económica y social nadie desconoce<sup>76</sup>.

### **2.3. LA REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1968**

Durante la Administración del Presidente Carlos Lleras Restrepo se llevaron a cabo tanto reformas de orden constitucional, como reformas administrativas de gran importancia institucional. Dentro de estas últimas merecen atención, para los fines del presente trabajo, las modificaciones jurídicas introducidas por el Decreto-Ley 1050 de 1968, denominado también “Estatuto de la Administración Nacional”, y el Decreto-Ley 3130 sobre administración descentralizada, conformada por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta.

El Decreto-Ley 1050 de 1968, como se indicó, dictó normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional y persiguió establecer una ordenación racional de los distintos servicios y preservar su uniformidad técnica, con normas generales que orientarán la reorganización y funcionamiento de las diferentes dependencias de la administración.

En tal Decreto aparece el concepto de Consejo Superior de la Administración Pública, integrando la Rama Ejecutiva, así:

- *Presidencia de la República.*
- *Ministerios y Departamentos Administrativos.*
- *Superintendencias.*
- *Establecimientos Públicos.*

---

<sup>76</sup> Pueden verse los antecedentes de esta reforma con mayor amplitud en: YOUNES MORENO, DIEGO. *Las reformas del Estado y de la Administración Pública*. Bogotá. Escuela Superior de Administración Pública, 2009, pp. 57 y ss.



Igualmente, dispone el artículo 1º de la citada norma sobre integración de la Rama Ejecutiva, que “como organismos **consultivos o coordinadores**, para toda la Administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal, y con representantes de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del **sector privado**, los que la ley o el Gobierno determinen. En el acto de constitución se indicará a cuál de los entes administrativos ordinarios quedarán adscritos tales organismos”. Esta es la disposición legal que integra a los Consejos Superiores de la Administración como parte de la Rama Administrativa.

El artículo 16, por su parte, consagró la definición del concepto en estudio bajo los siguientes términos:

*En los Ministerios que el Gobierno determine habrá un Consejo encargado de asesorar al Ministro en la formulación, coordinación y ejecución de la política o planes de acción. En su composición y funcionamiento se buscará una estrecha cooperación entre el sector público y el sector privado y la debida coordinación tanto en el estudio de la política, los programas de cada ramo y la evaluación periódica de los resultados obtenidos, como en el examen de los problemas específicos que por su importancia se considere necesario someter al análisis del Consejo.*

*El Consejo Superior estará presidido por el Ministro respectivo y de él formará parte el Viceministro, el Secretario General, y los Gerentes o Directores de las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio, y a su seno podrán ser llamados funcionarios de otras reparticiones administrativas, lo mismo que técnicos y representantes del sector privado.*

*Tales Consejos llevarán la denominación específica del Ministerio a que corresponden, precedida de las palabras “Consejo Superior de...”. El jefe de la Oficina de Planeación del Ministerio, o, en su defecto, otro funcionario del mismo, será su Secretario, y de sus deliberaciones y conclusiones se llevarán actas cuyas copias serán enviadas a la Presidencia de la República.*

**Parágrafo.** *En los Ministerios en donde no se cree el Consejo previsto en este artículo, podrá autorizarse el funcionamiento de otra u otras unidades asesoras, conforme a la naturaleza de las actividades que desarrolle el organismo.*

Aquí surge un concepto muy importante que valida expresamente la hipótesis de la participación de los gremios y sectores privados, y que tienen desde luego sus intereses específicos, como se verá en capítulos posteriores.

Así, pues, si bien el concepto de Consejo Superior se encuentra con anterioridad a la reforma de 1968, es en esta reforma cuando se regula de manera precisa la institución y se define su ubicación dentro de la rama ejecutiva del poder, y además se deja expresa, con insistencia, la presencia de particulares y del sector privado.

Luego de realizar este breve recuento normativo de los Consejos Superiores de la Administración, el estudio centra su atención en el análisis de la normativa vigente contenida en la Ley 489 de 1998. El instrumento metodológico consiste en responder tres preguntas estructurales, de modo que se presenta un estudio de tres aspectos estructurales que constituyen el núcleo de las normas que consagran dichos organismos.

### 3. EL ESTATUTO ACTUAL DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

Al expedirse la Ley 489 de 1998, que dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y que derogó las normas de la Reforma de 1968, la figura de los **Consejos Superiores** aparece nuevamente en la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. Es así como el artículo 38 de la citada ley dispone al respecto que:

*La Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

1. *Del Sector Central:*
  - a. *La Presidencia de la República*
  - b. *La Vicepresidencia de la república*
  - c. **Los Consejos Superiores de la Administración**
  - d. *Los ministerios y departamentos administrativos*
  - e. *Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.*

El párrafo 2 de este artículo precisa: “Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1º del presente artículo, como **organismos consultivos o coordinadores**, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, **si fuere el caso, del sector privado**, los que la Ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos”.

Quiere decir lo anterior que los **Consejos Superiores** de la Administración hacen parte del sector central de la Rama Ejecutiva en lo nacional, sin perjuicio de otros organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, y en ambos casos con la posibilidad de que los particulares o el sector privado tengan allí su asiento.

Sobre la definición de dichos órganos AYALA CALDAS expresa que los Consejos Superiores de la Administración “son dependencias del ámbito Asesor de los Ministerios y Departamentos Administrativos, incluyen personas ajenas a cada ministerio, inclusive pueden ser particulares y son presididos por el Ministerio respectivo”<sup>77</sup>.

La estructura de cada consejo se determina por su norma de creación, pero se encuentran presididos por el ministro respectivo, y pueden hacer parte del mismo el viceministro, el secretario general y los gerentes o directores de las entidades adscritas o vinculadas al ministerio. También pueden ser llamados funcionarios de otras reparticiones administrativas, lo mismo que técnicos y representantes del sector privado<sup>78</sup>.

Algunos Consejos con misión especial no están relacionados con un Ministerio o Departamento Administrativo particular, y dada su importancia son presididos por el Presidente de la República<sup>79</sup>, como el caso del CONPES.

Los Consejos Superiores de la Administración, como se dijo, pertenecen al sector central de la Administración Nacional, en donde “cumplen

---

<sup>77</sup> AYALA CALDAS, JORGE. *Aplicaciones del derecho administrativo en Colombia*. Bogotá. Doctrina y Ley, 2002, p. 151.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Estructura del Poder Público en Colombia*. Bogotá. Temis, 2006, p. 98.

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ, LIBARDO. Op cit., p. 99.

funciones de asesoría, coordinación, dirección, decisión o regulación”<sup>80</sup>, y formación de políticas públicas, especialmente en materia económica, para toda la administración o parte de ella. Además tienen la competencia de adoptar decisiones que vinculan a las entidades estatales, y adicionalmente adelantan funciones específicas señaladas en su norma de creación.

Una importante precisión terminológica que puede evitar confusiones posteriores es la anotada por HENAO HIDRÓN, quien al respecto precisa: “con todo, las expresiones «Consejo Superior» y «Consejo Nacional» se emplean indistintamente para referirse a los consejos propiamente superiores de la administración, previstos en el literal c, como a los consejos consultivos o coordinadores a que se refiere el parágrafo 2 del mismo artículo 38. Lo cual se presta a ambigüedades que sólo podrán ser superadas penetrando en su naturaleza y características. Los mencionados organismos superiores, consultivos o coordinadores de la administración, son creados por ley”<sup>81</sup>.

No obstante, se debe tener presente que la fuente de creación de los Consejos puede ser no solamente legal sino constitucional, en este sentido vale citar las diferencias que ello implica,

Sobre el punto Brito Ruíz<sup>82</sup> expresa:

*De estos consejos superiores se puede decir, por su parte, que los que han sido creados directamente por la Constitución, en tanto*

---

<sup>80</sup> IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. *Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas*. Bogotá, D.C. Edición Justicia y Desarrollo Sostenible, 2006, p. 230.

<sup>81</sup> HENAO HIDRÓN, JAVIER. *La nueva reforma administrativa*. Bogotá. Temis, 2004, p. 54.

<sup>82</sup> Brito Ruíz, Fernando, *Estructura del estado colombiano y de la administración pública nacional*, Bogotá, Grupo editorial, Ibáñez – Universidad libre- seccional Pereira, 2010,p. 364.

*involucran al presidente de la república y a ministros y directores de departamentos administrativos, pueden situarse en una línea intermedia o intercalarse entre el presidente y dichos funcionarios.*

*Esto se hace para poder decir que en ese caso estarán por encima de tales ministros y directores de departamentos administrativos. En ese mismo sentido, al involucrar al presidente, puede entenderse que las órdenes e instrucciones que emanen de allí, cobijan a ministros directores de departamentos administrativos y a los demás funcionarios a quienes se dirijan, siempre que formen parte de la administración nacional.*

*En todo caso es necesario entender que bajo ninguna circunstancia pueden existir consejos superiores que estén por encima del presidente de la república.*

*De la misma manera es obligado señalar que si estos consejos no son creados por la Constitución, no tendrá como atribución impartir órdenes o instrucciones a ministros y directores de departamentos administrativos, respetando de esa manera la calidad de jefes de la administración que la Constitución concede a estos funcionarios.*

*También factible decir que si son de creación legal, guardando la armonía que deben mantener la estructura de la administración, deben situarse en el reglón inferior, inmediatamente subsiguientes al de ministros y directores de departamentos administrativos, pudiendo situarse más abajo inclusive, si tal es la voluntad del legislador pero nunca más arriba.*

*Siguiendo esa línea de pensamiento, los de creación legal estarán sometidos a las directrices del jefe de la administración en el área respectiva, que, como se precisó es el ministro o director de departamento.*

Si bien la distinción es de gran importancia para el tema de los consejos superiores de la administración, es necesario reiterar que en el presente trabajo se analizan dos puntos que tienen relación con el tema, pero que no constituyen su objeto central, estos temas son: (i) Se analizan simplemente consejos de creación legal y no constitucional. (ii) Teniendo en cuenta lo anterior, se debe precisar que – como lo propone el autor citado – en ningún caso en el que la fuente de creación sea la ley el consejo pueda impartir órdenes desconociendo el reparto de competencias dispuesto en la Constitución, y la calidad de jefes de la administración de los ministros y directores de departamento administrativo.

De esta suerte, y para efectos de esta tesis, la utilización de los términos Consejo Superior o Consejo Nacional se hace en el mismo sentido, en atención a que las funciones que se radican en uno u otro encuentran importantes similitudes, además de sostener que en ningún caso se pueden radicar funciones que impliquen obligatoriedad de sus conceptos.

En síntesis, “son hoy en día los encargados de definir buena parte de las políticas públicas a cargo de la administración, de coordinar y dirigir la acción gubernamental y en otros casos de asesorar al Presidente de la República o al Gobierno Nacional en la adopción de determinadas políticas”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. Op. cit., p. 230.

Varias conclusiones importantes se deducen de la norma citada y los comentarios efectuados, entre las que se destacan las siguientes:

La primera es que los Consejos Superiores de la Administración hacen parte de la **Rama Ejecutiva** conforme al tenor literal del artículo, Es importante resaltar la relación entre los conceptos de administración pública y rama ejecutiva, teniendo en cuenta “la relación entre rama ejecutiva y administración pública, y que este segundo concepto es más amplio; por tanto, para su diferenciación puede decirse que la primera es la cabeza de la administración, y que no todo lo que viene dentro de esta última hace parte de la rama”<sup>84</sup>.

Esta distinción es importante por cuanto en este trabajo referencia alguna a órganos del Estado que tienen la denominación de Consejos, como Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y Consejo Nacional Electoral. Además de que los dos primeros integran la rama judicial y el segundo conforma la organización electoral, no traen en su seno particular que es un punto importante del estudio, centrado además en la rama ejecutiva del poder público.

Ello es importante toda vez que la aplicación de la Ley no se restringe a un criterio puramente orgánico, sino que ella también se aplica a todas las entidades del Estado que cumplan funciones administrativas, siempre y cuando sean compatibles con su objeto y finalidad.

Desde el punto de vista de las relaciones que se establecen entre los consejos y los demás componentes de la rama ejecutiva, se tiene que los

---

<sup>84</sup> VIDAL PERDOMO, JAIME. “La Ley 489 de 1998: la segunda gran teoría de la organización y el funcionamiento de la administración”. En: *Teoría de la organización administrativa colombiana*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2006, p. 130.



consejos no responden – a juicio de este estudio – a una relación de jerarquía con relación a la estructura de la administración.

Sobre el punto Polo Figueroa<sup>85</sup> afirma:

*Los Consejos Superiores de la Administración. La ubicación que la ley da a los llamados “Consejos Superiores de la Administración jerárquica del Sector central de la Administración”, permite prever la posibilidad de creación de nuevos organismos de asesoría situados por encima de los Ministerios y Departamentos Administrativos*

Teniendo en cuenta que conforme a la definición legal de los órganos estudiados estos son de naturaleza coordinadora o consultiva no responden a una relación de jerarquía por una razón:

La primera tiene que ver con que la coordinación y la función de consulta no responden a una idea de jerarquía, sino a la idea de administración horizontal la que busca una coordinación entre el sector privado y el sector público con el fin de armonizar las políticas existentes de determinados sectores económicos. Admitir lo contrario sería reconocer que los Consejos ejercen – contrario a la definición legal – funciones administrativas decisorias, y por tanto, tiene una relación vertical con respecto al Presidente como suprema autoridad administrativa.

El análisis de la teoría del neocorporativismo pone de presente esta situación, de modo que explica de manera detallada cuales son las relaciones entre los representantes del sector privado y los órganos de la administración, en los cuales participan concertando ciertas políticas importantes en materia primordialmente económicas.

---

<sup>85</sup> Citado por Brito, Op. Cit. p. 364.

El presente trabajo no estudia de manera detallada las diferencias de dichos organismos en cuanto a su ámbito espacial o temporal (en cuanto a que son cuerpos para parte o toda la administración, o si funcionan con carácter permanente o temporal); simplemente se hará una breve referencia de dichas características cuando se estime necesario.

La segunda característica es la relativa a que son **organismos consultivos o coordinadores** para toda la administración o parte de ella, lo que significa que dichos consejos son instancias que, como consecuencia de su estructura y conformación, rinden dictamen sobre los temas puestos a su consideración. En cuanto a su carácter de coordinación debe decirse que concertan políticas con el fin de lograr su unidad e uniformidad.

La tercera característica de los consejos y una de sus más importantes, desde el punto de vista de su estudio, es la **concurrencia del sector privado** en la concertación de políticas en un sector de la administración, con lo cual se abre un importante espacio de participación orgánica que puede traer una diversidad de consecuencias de orden jurídico.

Vale la pena entonces estudiar cada una de las características enunciadas, que son el núcleo del presente trabajo de forma separada.

#### **4. LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN. ¿SON EXCLUSIVAMENTE ÓRGANOS CONSULTIVOS O COORDINADORES?**

El primer problema concreto es el relativo a dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Son los Consejos Superiores de la Administración con participación de particulares órganos puramente consultivos? Para

absolver el problema planteado se hace necesario pasar revista de algunos consejos y sus funciones concretas.

#### **4.1. EL CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES)**

##### **4.1.1. Concepto**

De acuerdo con la página institucional del CONPES<sup>86</sup>, este organismo es “la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión”.

##### **4.1.2. Funciones**

Dentro del marco general de competencias del CONPES sus funciones pueden ser agrupadas de la siguiente forma<sup>87</sup>:

- **Funciones de formulación de políticas**, mediante las cuales se señalan las orientaciones generales en materia económica, social y de planeación.

---

<sup>86</sup> Como se sabe, el CONPES puede actuar de dos formas principales: la primera como CONPES en sentido general, y la segunda como CONPES social. El CONPES social funciona igual al CONPES, pero varía en su composición: lo dirige el Presidente de la República y lo componen los ministros de Hacienda, Salud, Trabajo, Agricultura, Transporte, Desarrollo, el secretario general de la Presidencia y el director del DNP. Para efectos del trabajo no resulta importante esta distinción, en tanto que la pregunta inicial va encaminada a determinar si la diversidad de funciones de dicho consejo son meramente consultivas o no, con independencia del ámbito en que actúe.

<sup>87</sup> Esta clasificación de funciones no ha sido tomada textualmente, comoquiera que en el presente capítulo se discuten afirmaciones que están contenidas en el documento, relativas a que en ninguna de las funciones del CONPES se presentan actos administrativos. Documento editado por Legis con ocasión del estudio del régimen jurídico del CONPES, publicado por dicha editorial en el 2002.

- **Funciones de coordinación**, a través de las cuales colabora con el Presidente de la República en la coordinación de las distintas unidades ejecutoras de la política social.
- **Funciones consultivas**, son aquellas con el estudio, concepto y recomendación de acciones a seguir en las materias o asuntos de su competencia legal. En estas actuaciones, por tratarse de funciones consultivas (administración consultiva en el vocabulario de algunos autores), no hay producción de actos administrativos. Estos conceptos son de trámite obligatorio en la medida en que la participación del CONPES es previa y necesaria.
- **Funciones de aprobación y autorización**, son funciones mediante las cuales el CONPES, por mandato legal, toma determinadas decisiones que implican su aprobación o autorización para que puedan ser aplicadas por la administración en su conjunto, por sectores administrativos o por las entidades.

Este es el marco de delimitación de competencias del CONPES, las cuales revisten una considerable intervención en diversos ámbitos relativos a competencias administrativas, así como en la determinación y coordinación de políticas públicas en innumerables materias. La primera conclusión es que dicho organismo interviene de manera decidida en ámbitos sociales muy diversos, fijando lineamientos, entre otras, en las siguientes materias:

La primera materia asignada al CONPES, con relación a la determinación de políticas generales, está relacionada con la **política macroeconómica** del país. El Decreto 195 de 2004 le asigna dicha función en los siguientes términos: “Son funciones principales del Departamento Nacional de

Planeación, en su calidad de secretaría técnica del CONPES, las siguientes: ...1. Presentar para su estudio y aprobación la programación macroeconómica anual. Varias funciones se derivan de la cláusula general establecida en el artículo 3 que ha sido citado, las cuales se relacionan con la preparación para la aprobación de diversas materias relativas a la inversión pública. En el mismo sentido se atribuye por mandato legal la denominación de **autoridad nacional** de planeación a dicho Consejo en los términos de la Ley 152 de 1994 (Ley orgánica del plan), cuyo artículo 8 prevé que son: ... 2. El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y el CONPES Social”. En concordancia con su calidad de autoridad de planeación, el artículo 17 de la misma disposición prevé que: “El Director del Departamento Nacional de Planeación presentará a consideración del CONPES el proyecto del plan en forma integral o por elementos o componentes del mismo. El componente correspondiente al plan de inversiones deberá contar con el concepto previo relativo a las implicaciones fiscales del proyecto del plan, emitido por el Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS. El CONPES aprobará finalmente un documento consolidado que contenga la totalidad de las partes del plan, conforme a la Constitución y a la presente Ley. Para estos efectos, se realizará un CONPES ampliado con los miembros del CONPES Social y se invitará a participar en representación de las entidades territoriales, a cinco (5) gobernadores y cinco (5) alcaldes, en correspondencia con la jurisdicción territorial de cada uno de los cinco CONPES que hoy existen. Así mismo serán invitados los representantes legales de las regiones a que se refiere el artículo 307 de la Constitución y al presidente del Consejo Superior de la Judicatura”.

En materia de crédito público el CONPES cumple importantes funciones para la gestión de toda operación y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales, y para las operaciones de crédito público interno y otras relacionadas con dichas materias se requiere la aprobación del

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo el concepto favorable del organismo en estudio (Ley 80 de 1993, art. 41, parágrafo 2º).

En el campo de los empréstitos externos de la Nación, el Decreto 2681 de 1993 radica en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la aprobación de las mencionadas operaciones, siempre y cuando obre concepto favorable del CONPES (art. 8º).

En cuanto al régimen de inversiones el Decreto 2348 de 1993, en su artículo 1º, dispone que “el régimen general de inversión de capitales del exterior en el país, de las inversiones colombianas en el exterior y las reformas al régimen de inversiones internacionales, se fijará mediante decreto suscrito por el Director del Departamento Nacional de Planeación, los ministros y directores de departamento administrativo correspondientes, dependiendo de la naturaleza de la disposición adoptada, previo estudio y recomendaciones que sobre el particular efectúe el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

Otra importante función, relativa a la fijación de políticas públicas, tiene que ver con el otorgamiento de subsidios a la población que se encuentre en condiciones económicas que los hacen vulnerables, otorgando este tipo de ayudas en materia de vivienda en los municipios de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1168 de 1996, el cual dispone que “de conformidad con la Ley 60 de 1993, los subsidios se focalizarán en las áreas geográficas de concentración de población pobre y vulnerable, de conformidad con lo establecido en las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, para los recursos provenientes de la participación de los municipios y distritos en los ingresos corrientes de la Nación.

En materia de educación el CONPES tiene amplias facultades, comoquiera que está encargado de distribuir los recursos del sector educativo bajo los criterios que señala la Ley 715 de 2001 entre municipios y distritos. Así lo consagra dicha Ley en sus artículos 15 y 16. De igual forma, la Ley asigna diversas competencias al Consejo Nacional de Política Económica y Social en materias relativas a la determinación de beneficiarios de programas sociales (art. 66), y en otros, como en el ámbito de distribución de propósito general, la participación así como los temas atinentes al Sistema General de Participaciones.

Por su parte, la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) dispone con respecto al CONPES, en su artículo 73 con relación al Proyecto Educativo Institucional, lo siguiente: “el Gobierno Nacional establecerá estímulos e incentivos para la investigación y las innovaciones educativas y para aquellas instituciones sin ánimo de lucro cuyo Proyecto Educativo Institucional haya sido valorado como excelente, de acuerdo con los criterios establecidos por el Sistema Nacional de Evaluación. En este último caso, estos estímulos se canalizarán exclusivamente para que implanten un proyecto educativo semejante, dirigido a la atención de poblaciones en condiciones de pobreza, de acuerdo con los criterios definidos anualmente por el CONPES Social”.

En materia portuaria las funciones del CONPES tienen su fuente en la Ley 1ª de 1991, que en su artículo 23 establece: Son autoridades portuarias el Consejo Nacional de Política Económica y Social, quien aprueba o imprueba los planes de expansión portuaria que le presente el Ministerio de Obras Públicas y Transporte; el Ministro de Obras Públicas y Transporte quien programa, evalúa y ejecuta en coordinación con la Superintendencia General de Puertos, los planes de expansión portuaria aprobados por el CONPES. Cuando se considere necesario, la Superintendencia General de Puertos, ejercerá sus funciones en

coordinación con la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional. En el mismo sentido el artículo 24 establece. Corresponde al Gobierno Nacional, por recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, y previo estudio del Departamento Nacional de Planeación, adoptar por medio de decretos los “Planes de Expansión Portuaria”. El mismo procedimiento se seguirá para reformar tales planes.

En materia de educación, y en especial en temas relativos a la ciencia y la tecnología, el artículo 21 en su párrafo consagra la participación del CONPES en los siguientes términos: “El CONPES determinará anualmente, las entidades, la destinación, mecanismos de transferencia y ejecución y el monto de los recursos en programas estratégicos de ciencia, tecnología e innovación, para la siguiente vigencia fiscal, mediante la expedición de un documento de política, en el cual además, se especificarán las metas e indicadores de resultado sobre los cuales se hará medición del cumplimiento. Este documento deberá ser presentado por el Departamento Nacional de Planeación, DNP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, MHCP, y Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias–, con el apoyo de las Instituciones involucradas. Las inversiones a que haya lugar para los programas a que se refiere este artículo, respetarán la autonomía y las prioridades definidas por cada Entidad Pública Nacional”.

Bajo estas premisas, es fácil advertir la diversidad de funciones y de sectores que abarca el marco competencial del Consejo de Política Económica y Social, desde materias atinentes a la economía y la hacienda pública, hasta materias de gran impacto social como la educación, la salud o la ciencia y la tecnología, lo que le otorga un importante radio de intervención social en la fijación de políticas públicas de diversa naturaleza. Las funciones que se acaban de reseñar tienen el propósito de



evidenciar esta situación, de ahí que su escogencia obedeció no a un tema específico, sino a mostrar temas claramente diferenciables en los que interviene el CONPES.

Para finalizar este aparte se efectuará una breve relación de otras funciones de dicho Consejo. Para evidenciar su trascendencia, pueden citarse los siguientes: a) incidencia en materia tributaria; b) incidencia en materia de transporte; c) incidencia en políticas estatales como el Plan Colombia; d) en materia de riesgo contractual del Estado; e) incidencia en materia de concesiones; f) en materia de política oceánica; g) en materia de servicio públicos; h) incidencia en materia de telecomunicaciones; i) incidencia en materia agropecuaria en cuanto al avalúo catastral de predios y reforma agraria en general, y j) incidencia en infraestructura por intermedio de la red nacional de carreteras.

Por su parte, el Decreto 627 de 1974, luego de calificarlo como organismo asesor del gobierno, le asigna otras funciones en su artículo 2º, el cual dispone:

- 1. Servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno.*
- 2. Recomendar para adopción del Gobierno la política económica y social que sirva de base para la elaboración de los planes y programas de desarrollo.*
- 3. Estudiar y recomendar al Gobierno, para que sean sometidos al Congreso Nacional, los planes y programas de desarrollo que le presente el Departamento Nacional de Planeación, como resultado del estudio y evaluación de los planes y programas sectoriales,*

*regionales y urbanos elaborados por o con la intervención de los Ministerios, Departamentos Administrativos y entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

- 4. Estudiar los informes periódicos u ocasionales que se le presenten a través de su Secretaría Ejecutiva, sobre el desarrollo de los planes, programas y políticas generales sectoriales, regionales y urbanos, y recomendar las medidas que deban adoptarse para el cumplimiento de tales planes y programas.*
- 5. Estudiar y definir las bases de los programas de inversión y de los gastos públicos de desarrollo sobre los cuales debe elaborarse el proyecto de presupuesto que el Gobierno presente a la Consideración del Congreso Nacional.*
- 6. Aprobar o improbar el otorgamiento de garantías por parte de la Nación o préstamos externos.*
- 7. Las demás que le hayan sido señaladas o se le señalen por otras disposiciones de carácter legal.*

Sobre algunos de los temas mencionados, cuya regulación se encuentra referenciada en documentos expedidos por dicho organismo, se pueden citar los siguientes:

<b>Materia</b>	<b>N° Documento</b>	<b>Descripción</b>
Avalúo catastral	3018	Se somete a aprobación el avalúo catastral correspondiente a la vigencia de 1999.
Autorización de	3014	Autorización a la Nación

garantías		para el otorgamiento de la garantía a la contratación de un crédito externo para FOGAFIN.
Incremento salarial de servidores del sector descentralizado	3021	El documento establece los parámetros para la fijación de los incrementos de los servidores que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta.
Políticas en materia de transporte	3035	Parámetros acerca de la generación de empleo y de reactivación económica en el sector del transporte.
Política económica	3041	Políticas generales sobre las perspectivas macroeconómicas entre 1999 y 2000.
Política económica	3062	Fomento al sector siderúrgico en Colombia como estrategia de crecimiento económico.

Educación	3063	Propone al CONPES la implementación del programa denominada “Computadores para educar”.
Económico	3079	Se propone al CONPES el proyecto de decreto relativo a inversión extranjera, en el cual se hace énfasis en la inversión extranjera y la participación del sector privado en las materias aludidas.
Educación	3080	El documento somete a consideración del CONPES la política nacional de ciencia y tecnología.
Política de empleo	3081	Otorgamiento de subsidios condicionados para jóvenes sin empleo de bajos recursos.
Servicios públicos	3108	En este documento se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social un programa relativo a la

		energización de zonas no interconectadas.
Turismo	3110	Somete a consideración del CONPES un plan que tiene como objetivo el desarrollo del turismo en las costas de Colombia.
Telecomunicaciones	3118	En el documento se pone a consideración del organismo los fundamentos de la política de concesiones de los Servicios de Comunicación Personal, PCS.
Defensa	3124	Se propone dicho documento con el fin de autorizar a la Nación para contratar operaciones de crédito externo con el fin de financiar la compra de aviones de combate.
Descentralización	3238	En este documento se somete al CONPES un conjunto de estrategias para el fortalecimiento del Departamento como nivel intermedio de gobierno y articulador

		del Estado.
Telecomunicaciones	3145	Este documento presenta los lineamientos de política para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom), con el fin de asegurar su competitividad y viabilidad económica.
Salud	3204	Política de prestación de servicios para el sistema de seguridad social en salud y asignación de recursos del presupuesto general de la nación para la modernización de los hospitales públicos.

#### 4.1.3. Análisis del concepto y funciones del CONPES

De todas las funciones que se han citado, parece discutible la idea de que el Consejo Nacional de Política Económica y Social actúe como un simple órgano asesor del Gobierno en los temas bajo su competencia, afirmación que se sustenta en lo siguiente:

La primera razón tiene que ver con las complicaciones que de entrada presenta la definición que suministra de este consejo la página institucional, comoquiera que de forma ambigua califica a dicho organismo

como autoridad, y a reglón seguido lo califica de asesor. El problema tiene que ver con la connotación que tiene en el derecho administrativo la calificación de autoridad de un determinado órgano.

En efecto, el concepto de autoridad administrativa tiene una relación directa con los criterios que delimitan y definen la función administrativa. Lo primero que debe quedar claro es que el calificativo de autoridad tiene dos implicaciones concretas:

**Autoridad** en una acepción inicial implica necesariamente la radicación de una cierta potestad o facultad en cabeza de un organismo, que debe ser administrativo para ser calificado de tal. La autoridad es necesariamente una facultad o potestad que se ejerce sobre otra u otras personas, lo cual es predicable de los órganos que componen la administración pública, de modo que un órgano puede imponer directrices a la actuación de otro inferior. Bajo estas premisas se tiene que, como se dejó establecido en la primera parte, para la determinación del concepto de función administrativa es punto común la concurrencia de una autoridad titular de una función calificada como administrativa.

De esta suerte, y teniendo en cuenta el criterio **orgánico**, la función será administrativa siempre y cuando la autoridad que produce el acto contentivo de la función administrativa se encuentre jurídicamente listado como parte de la rama ejecutiva del poder público.

En cuanto al criterio **material** éste advierte que el contenido del acto determina la calidad de la función, y no importa si la autoridad pertenece a la rama ejecutiva o no, sino que la función se pueda calificar como administrativa. Este criterio utiliza el concepto de autoridad en un sentido mucho más amplio, teniendo en cuenta que si el acto es producido por autoridades diversas de las que conforman la rama ejecutiva, será

también calificado como tal, pero como perteneciente a la administración pública.

El criterio **teleológico** estima que son funciones administrativas las que buscan la satisfacción de necesidades de interés general, de modo que la autoridad a cuyo cargo se tengan necesidades de interés general cumplirá funciones de orden administrativo.

Como puede deducirse, solo en estos tres criterios principales el concepto de autoridad es el denominador común para delimitar el contenido de la función administrativa, resultando que la función administrativa se ejerce por autoridades de diverso orden y ubicación, pero que tienen una facultad o fuente de legitimidad que les permite producir dichas decisiones. Lo que se quiere significar es que la calificación de autoridad involucra, en principio, la expedición de actos administrativos con las consecuencias que de ello se derivan, máxime si dicha autoridad forma parte de la rama ejecutiva.

Ahora bien, y como segunda consecuencia de la calificación de autoridad hecha al CONPES, emanada de su pertenencia a la administración pública como consecuencia de su ubicación (parte de la rama ejecutiva en el sector central) y sus funciones (la fijación general de políticas públicas), lo cual implica no sólo una facultad para expedir decisiones sino su consecuente sujeción al Derecho.

Al respecto, PAREJO<sup>88</sup> explica que “la administración pública es ciertamente un sujeto de derecho, pero lo es básicamente por razón de su completa o plena sumisión, tanto como a la Ley como al Derecho de la que deriva el control total de la legalidad de su actuación por los tribunales pero con la particularidad de poder –dentro de ciertos márgenes–

---

<sup>88</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho Administrativo*. Barcelona. Ariel, 2003, p. 23.



establecer e incluso, crear unilateralmente el derecho. Primariamente, la administración es una organización y un poder público establecido para la acción, es decir para el servicio, con objetividad, de los intereses generales. Consecuentemente, se trata de un sujeto constituido por el orden constitucional para la realización de fines (los intereses generales) que no le son propios (le viene dado desde fuera) mediante una actuación enteramente determinada por el Derecho”.

Consecuentemente, el CONPES interviene en una diversidad de ámbitos sociales con la calidad de autoridad, como lo corrobora la Ley 152 de 1994, que lo califica como autoridad. A su vez, la Ley 1ª de 1991 lo califica con la misma denominación, imprimiéndole un carácter distinto sin diferenciarlo claramente de otras funciones como la consultiva, para las que hay la misma clase de efectos jurídicos, es decir, en ningún evento hay control. El punto relativo al control se desarrollará con posterioridad en un aparte separado.

De otra parte, resulta evidente que las funciones que cumple el CONPES en materia de autorización a la Nación para empréstitos rebasa considerablemente el ámbito de las funciones puramente consultivas, transformándose en funciones de orden administrativo.

El concepto de autoridad ha sido precisado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que “es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los **órganos electorales y de control que impliquen poderes***

***decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.*** La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia<sup>89</sup>.

En el mismo sentido, la misma corporación se ha referido al concepto de autoridad administrativa de la cual es titular determinado funcionario, advirtiendo que el mismo concepto se predica de los órganos que ejercen funciones análogas. Sobre el punto se precisó:

*Por autoridad administrativa podría entenderse como el poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de la necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.*

En suma, no hay total claridad en la definición y la naturaleza jurídica del CONPES, pero lo que sí parece evidente es que hay funciones que de forma considerable rebasan el campo de los órganos consultivos, no sólo desde el punto de vista de su contenido, sino desde el punto de vista de su calificación legal como autoridad, lo que trae las consecuencias señaladas. Vale reiterar que algunas de las funciones asignadas a este Consejo son consultivas, como se puede evidenciar en la mayoría de las atribuciones contenidas en el Decreto 627 de 1974.

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta del 5 de julio de 2007, N° 1831, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

## **4.2. EL CASO DEL CONSEJO SUPERIOR DE COMERCIO EXTERIOR**

### **4.2.1. Concepto**

El artículo 13 de la Ley 7ª de 1991, que regula aspectos relativos al comercio exterior así como la creación del Ministerio de Comercio Exterior, define al Consejo Superior de Comercio Exterior como “organismo asesor del Gobierno Nacional en todos aquellos aspectos que se relacionen con el comercio exterior del país”.

### **4.2.2. Funciones**

El artículo 14 de la norma citada establece como funciones del Consejo las siguientes:

- 1. Recomendar al Gobierno Nacional la política general y sectorial de comercio exterior de bienes, tecnología y servicios, en concordancia con los planes y programas de desarrollo del país.*
- 2. Fijar las tarifas arancelarias.*
- 3. Asesorar al Gobierno Nacional en las decisiones que éste debe adoptar en todos los organismos internacionales encargados de asuntos de comercio exterior.*
- 4. Emitir concepto sobre la celebración de tratados o convenios internacionales de comercio, bilaterales o multilaterales, y recomendar al Gobierno Nacional la participación o no del país en los mismos.*

5. *Instruir las delegaciones que representen a Colombia en las negociaciones internacionales de comercio.*
6. *Proponer al Gobierno Nacional la aplicación de tratamientos preferenciales acordados en forma bilateral o multilateral, en particular cuando se sujeten al otorgamiento de reciprocidad entre las partes.*
7. **Determinar** *los trámites y requisitos que deban cumplir las importaciones y exportaciones de bienes, tecnología y servicios, sin perjuicio de las funciones que en materia de inversión de capitales colombianos en el exterior y de capitales extranjeros en el país competen al Consejo de Política Económica y Social, CONPES, o las demás que en las mismas materias estén específicamente asignadas a otras dependencias del Estado.*
8. *Sugerir al Gobierno Nacional el manejo de los instrumentos de promoción y fomento de las exportaciones, acorde con la política de zonas francas, de los sistemas especiales de importación-exportación, de los fondos de estabilización de productos básicos y la orientación de las oficinas comerciales en el exterior, sin perjuicio de lo relacionado con otros mecanismos de promoción de exportaciones.*
9. *Recomendar al Gobierno Nacional, para su fijación, los niveles de Certificado de Reembolso Tributario, CERT, por producto y mercado de destino.*
10. *Examinar y recomendar al Gobierno Nacional la adopción de normas para proteger la producción nacional contra las prácticas desleales y restrictivas de comercio internacional.*

11. *Analizar, evaluar y recomendar al Gobierno Nacional la expedición de medidas específicas y la realización de proyectos encaminados a facilitar el transporte nacional e internacional y el tránsito de pasajeros y de mercancías de exportación e importación, teniendo en cuenta las normas sobre reserva de carga a las cuales deban sujetarse las empresas de transporte internacional de carga que operen en el país.*
12. *Expedir las normas relativas a la organización y manejo de los registros que sea necesario establecer en materia de comercio exterior, con inclusión de los requisitos que deben cumplir, el valor de los derechos a que haya lugar y las sanciones que sean imponibles por la violación de tales normas.*
13. *Reglamentar las actividades de comercio exterior que realicen las sociedades de comercialización internacional de que trata la Ley 67 de 1979, y las normas que la modifiquen o sustituyan.*
14. *Expedir su propio reglamento.*
15. *Las demás funciones que le asignan a la junta de comercio exterior los Decretos 444 y 688 de 1967, o las normas que los sustituyen y demás disposiciones vigentes sobre la materia, así como las que se determinen en desarrollo de la ley marco de comercio exterior.*

#### **4.2.3. Análisis del concepto y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior**

En este caso en concreto la correspondiente disposición legal califica a dicho Consejo como organismo asesor del Gobierno Nacional en materias

de comercio exterior, no obstante, llama la atención varias funciones que distan de ser calificadas como consultivas.

La **primera** tiene que ver con la función consistente en “fijar las tarifas arancelarias” que, con independencia de su concepto técnico, debe tenerse en cuenta que la fijación implica necesariamente la determinación económica del porcentaje objeto del gravamen, función que corresponde en primer término al Congreso, mediante la fijación de parámetros por conducto de ley marco, conforme al artículo 150 numeral 19 literal c), el cual dispone: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para... c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”.

La determinación del porcentaje corresponde al Gobierno con sujeción a las normas generales que establece la ley marco, en concordancia con el numeral 25 del artículo 189, que señala las competencias presidenciales. En este caso se está atribuyendo una función de naturaleza decisoria en órganos de naturaleza típicamente consultiva.

**Otra** de las funciones que llama la atención es aquella que asigna al Consejo “determinar los trámites y requisitos que deban cumplir las importaciones y exportaciones de bienes, tecnología y servicios”. Determinar, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “fijar los términos de algo”, de tal forma que se asigna con claridad una función administrativa, cual es la fijación de requisitos para efectos de las importaciones y exportaciones, función que por ser tal debe estar sujeta a controles de todo orden.

La Corte Constitucional<sup>90</sup> se pronunció sobre la función asignada al Consejo en el numeral 7 de la citada Ley, en los siguientes términos:

*Es posible conferir potestades reglamentarias a órganos que no configuren gobierno en sentido estricto, siempre y cuando se trate de una potestad residual y subordinada, pues de esa manera logra armonizarse el sistema de fuentes consagrado en la Carta y la responsabilidad gubernamental en este campo, con la posibilidad de contar con organismos más especializados, que desarrollen de manera más específica la intervención en estos complejos temas. Esto supone entonces que (i) la materia a ser reglamentada no tenga reserva de ley, pues el Legislador no puede desprenderse de esas atribuciones; (ii) que los reglamentos expedidos por la entidad se sujeten a lo que disponga la ley cuadro respectiva y sus correspondientes decretos reglamentarios; (iii) que quede claro que el legislador y el Gobierno conservan sus atribuciones, que pueden ejercer en todo momento, sin que la existencia de la función reglamentaria residual de la entidad restrinja sus posibilidades de acción; y (iv), que como consecuencia de todo lo anterior, se entienda que la*

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-170/01, de febrero 14 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido el Consejo de Estado precisó: “Las competencias asignadas al Consejo Superior de Comercio Exterior para determinar los trámites y requisitos que deban cumplir las importaciones y exportaciones de bienes, lo son sin perjuicio de las funciones específicamente asignadas a otras dependencias del Estado en las mismas materias de trámites y requisitos. Preciado lo anterior, para la Sala no cabe duda alguna que si el literal ñ) del artículo 4o., del decreto 1279 de 1994 atribuye al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la función, entre otras, de “... condicionar el establecimiento de licencias o vistos buenos e importación y permisos de exportación (cuando sean aplicables los unos y los otros) al cumplimiento que han de celebrar los interesados, en relación con las cuotas de absorción, fijadas para la compra y venta de las materias primas”, es en dicha norma en la que se encuentra, precisamente, el sustento legal de la determinación adoptada en el numeral 1 del acto acusado, de sujetar las importaciones de los productos agropecuarios que allí se indican al visto bueno del referido Ministerio, todo lo cual deja sin sustento jurídico la acusación formulada en su contra”. Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de noviembre de 1996, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Exp. 3195.

*entidad es dependiente del gobierno, ya que, aunque no hace parte del **Gobierno** en el sentido restringido del término, desarrolla atribuciones presidenciales enmarcadas dentro de la preceptiva fundamental.*

En otro aparte de la sentencia, y sobre el punto concreto, expresó la Corte:

*Una simple lectura de los dos ordinales es suficiente para concluir que ninguna de esas dos materias tiene reserva de ley, puesto que se trata de un asunto de comercio exterior, en donde el Legislador se limita a promulgar una ley marco, que fija las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno cuando éste reglamenta específicamente el comercio exterior (CP arts. 150 ord. 19 b- y 189 ord. 25). Es claro que estos ordinales acusados confieren al Consejo Superior atribuciones sobre temas concretos y cambiantes, como son los trámites y requisitos de las exportaciones e importaciones, o las normas relativas a los registros necesarios en materia de comercio exterior, que son materias que no corresponden a la ley marco, y podían entonces ser atribuidos a una entidad dependiente del gobierno.*

Debe tenerse en cuenta que la disposición legal asigna, luego de definir a este Consejo como órgano asesor, la función de “**reglamentar** las actividades de comercio exterior que realicen las sociedades de comercialización internacional de que trata la Ley 67 de 1979 y las normas que la modifiquen o sustituyan”. La tarea reglamentaria tiene un sentido muy concreto en la terminología del derecho administrativo, que implica la asignación de una función administrativa.



En efecto, el reglamento se ha entendido como “toda norma escrita con rango inferior a la ley dictada por una Administración pública”<sup>91</sup>. Es decir, el reglamento como fuente del derecho administrativo implica una norma de segundo orden, en el sentido en que debe respetar la ley y la Constitución en su ejercicio, cuya consecuencia es que el reglamento traduce necesariamente el ejercicio de una función administrativa que debe respetar las normas de las cuales deriva su validez.

La doctrina ha precisado que “si, en los términos del artículo 150 de la Constitución, en principio, legisla el Congreso, en sustitución de éste, el presidente de la república por la existencia de una previa delegación, por la concurrencia de circunstancias de excepción o urgente necesidad o bien por la preclusión de los plazos previstos para que el Congreso ejerza su función, debe concluirse que la potestad reglamentaria, así se ejerza por los órganos de rango constitucional, es **una manifestación de la función administrativa**, con todas sus consecuencias, entre ellas que los actos a través de los cuales se ejercen tienen la **naturaleza de actos administrativos**, independientemente de la forma que adopten, así como que el **control** de los mismos corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa”<sup>92</sup> (negritas fuera del texto).

Consecuentemente, y si bien el planteamiento de la Corte es correcto en el sentido de que la facultad de reglamentar no es exclusiva del Presidente de la República o del Gobierno en un sentido estricto como en el consagrado en el artículo 115 de la Carta, la Corte no analiza el punto de la asignación de funciones reglamentarias a órganos que la ley califica como consultivos. Esa posición contrasta con otras sentencias en las cuales sí se analiza de forma detallada el aspecto relativo a la asignación

---

<sup>91</sup> PARADA, RAMÓN. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Madrid. Marcial Pons, 2008, p. 53.

<sup>92</sup> MONCADA ZAPATA, JUAN CARLOS. *El reglamento como fuente de derecho en Colombia*. Bogotá. Temis, 2007, prólogo de Ricardo Hoyos Duque.

de funciones diferentes de las consultivas a órganos que tienen la misma calidad. En la sentencia citada se establecen unas condiciones generales para la asignación de funciones reglamentarias a órganos o entidades, dejando de lado planteamientos concretos relativos a que el ejercicio de funciones gubernamentales por conducto de órganos consultivos puede llegar a diluir la responsabilidad del mismo en ejercicio de sus propias competencias.

En efecto, la misma Corte<sup>93</sup> ha reconocido el carácter decisorio que le asiste a este organismo perteneciente a la rama ejecutiva, luego de reconocer que la misma norma de su creación lo define como un órgano consultivo, sobre el punto dijo la corporación:

*En efecto, si bien de lo expuesto anteriormente se concluye que el literal c del numeral 19 del artículo 150, en concordancia con el artículo 189 numeral 25 de la Constitución no prohíbe que el Gobierno, y en particular el Consejo Superior de Comercio Exterior, conozcan información que pueda complementar los elementos de juicio que han **de orientar sus decisiones en materia de modificación de tarifas arancelarias**, ello no significa que las razones en que se funden estas decisiones no deban ser las ordenadas expresa y específicamente por la Constitución, es decir, “razones de política comercial”. (Subraya fuera del texto)*

No obstante, en otra sentencia la Corte<sup>94</sup> reconoce la imposibilidad de asignar funciones de orden decisorio al consejo superior de comercio

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional, sentencia C-798 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, Exp. **D-5069**

<sup>94</sup> Corte Constitucional, sentencia C-341 DE 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Exp. D-1933.

exterior - como es el caso del establecimiento de exenciones tributarias – sobre el punto la Corte precisó:

*La materia propiamente tributaria, es decir la decisión acerca de la imposición de gravámenes a través del arancel y la consagración, reforma y supresión de exenciones, son temas del exclusivo resorte del Congreso. Ello implica que el Congreso no puede resignar en el Gobierno, ni siquiera por la vía de las facultades extraordinarias **la facultad de establecer el marco al que debe sujetarse el Presidente de la República en materia arancelaria. Mucho menos en un ente administrativo de inferior jerarquía como el Consejo Superior de Comercio Exterior.** Considera la Corte que, además, la exención debe ser contemplada en términos generales y abstractos, señalando el Congreso los requisitos que deben configurarse para tener derecho a ella. Es decir, es principio sobre la materia, correlativo al de legalidad del tributo, el de legalidad de la exención, de lo cual resulta que no puede concebirse la exención sin norma legal que la consagre. Así las cosas, es inconstitucional que el Congreso faculte a un órgano administrativo para reconocer exenciones en casos particulares.*  
(Subraya fuera del texto)

#### **4.3. EL CASO DEL CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR**

##### **4.3.1. Concepto**

El artículo 34 de la Ley 30 de 1992, por la cual se organiza el sistema de educación superior, prescribe: “Créase el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), de carácter permanente, como organismo del Gobierno

Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría”.

#### **4.3.2. Funciones**

Conforme a la citada ley son funciones de dicho Consejo, con el objeto de proponer planes al Gobierno Nacional en materia de educación superior, las siguientes:

- a) Políticas y planes para la marcha de la Educación Superior.*
- b) La reglamentación y procedimientos para:*
  - 1. Organizar el Sistema de Acreditación.*
  - 2. Organizar el Sistema Nacional de Información.*
  - 3. Organizar los exámenes de Estado.*
  - 4. Establecer las pautas sobre la nomenclatura de títulos.*
  - 5. La creación de las instituciones de Educación Superior.*
  - 6. Establecer los requisitos de creación y funcionamiento de los programas académicos.*
- c) La suspensión de las personerías jurídicas otorgadas a las instituciones de Educación Superior.*
- d) Los mecanismos para evaluar la calidad académica de las instituciones de Educación Superior y de sus programas.*

*e) Su propio reglamento de funcionamiento.*

*f) Las funciones que considere pertinentes en desarrollo de la presente Ley.*

**Parágrafo.** *El Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), reglamentará la representación de las instituciones de Educación Superior de Economía Solidaria en los comités asesores contemplados en el artículo 45 de la presente Ley, de conformidad con su crecimiento y desarrollo académico.*

#### **4.3.3. Análisis del concepto y funciones del CESU**

En primer lugar, la ley lo califica como un organismo asesor en la coordinación, recomendación y en general asesorar al Gobierno en las políticas públicas relativas a la educación.

Con respecto a las funciones consagradas en la ley para este Consejo, puede decirse que su campo de reglamentación abarca una importante cantidad de aspectos relativos a la educación, como se puede evidenciar con el literal b de la norma citada. La reglamentación implica necesariamente una función administrativa que no puede ser asignada a órganos que la ley califica como consultivos, o más aún, hasta qué punto desnaturaliza la tarea consultiva para convertirla en decisoria, como se dejó expuesto con relación al Consejo Superior de Comercio Exterior, las cuales resultan plenamente aplicables al análisis del CESE.

Cabe tener en cuenta que la Constitución Política en su artículo 189 consagra, dentro de las funciones del Presidente como jefe de Estado, jefe

de Gobierno y Suprema autoridad administrativa, la de ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley. Como es sabido, uno de los instrumentos por los cuales se concreta primordialmente la inspección y vigilancia de la educación es precisamente el reglamento, y por tanto se trata de una indiscutible función administrativa que se realiza con sujeción a las normas generales que expida el Congreso de la República conforme al artículo 150 numeral 8.

Además de lo anterior, se tiene que dicha función comporta una especial modalidad de la función administrativa, cual es la regulatoria (bajo los parámetros fijados por la Ley), que en términos generales consiste en la determinación de normas a las cuales deben sujetarse los destinatarios de tales regulaciones.

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter de órgano administrativo de dicho Consejo en los siguientes términos:

*Se trata de un organismo de carácter técnico y **administrativo**, no político, conformado por personas que representan, dadas sus calidades, los diferentes campos de acción que, de acuerdo con la ley, pueden desarrollar las instituciones de educación superior, y no los intereses particulares de dichas instituciones; así mismo, por representantes de los distintos sectores sociales (sector productivo, comunidades científicas); y por representantes de aquellos organismos de la administración pública, de cuyas decisiones depende en gran parte el desarrollo de los programas que se adopten para el sector (Departamento Nacional de Planeación, Colciencias); además, tienen también asiento representantes de los estamentos que conforman la comunidad universitaria (profesores, investigadores, estudiantes). Todos ellos*

*son convocados para que aporten su saber y experiencia específica al proceso de diseño de políticas y programas que contribuyan al desarrollo y fortalecimiento de la educación superior, propuestas que se presentan luego al Gobierno Nacional, para que éste, si lo considera pertinente, las adopte e implemente*<sup>95</sup> (negrilla fuera del texto).

Esta posición encuentra, a su turno, respaldo constitucional y legal como lo precisa la misma ley en su artículo 32, el cual dispone: “de conformidad con los artículos 67 y 189, numerales 21, 22 y 26 de la Constitución Política de Colombia y de acuerdo con la presente Ley, el fomento, la inspección y vigilancia de la enseñanza que corresponde al Presidente de la República.

#### **4.4. EL CASO DEL CONSEJO NACIONAL DE POLICÍA Y SEGURIDAD CIUDADANA**

##### **4.4.1. Creación y funciones**

El artículo 14 de la Ley 62 de 1993, por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, dispone: “créase un Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana que desarrollará las siguientes funciones:

- “Recomendar las políticas del Estado en materia de seguridad de la comunidad, estableciendo planes y responsabilidades entre las diferentes entidades comprometidas.
- “Adoptar y disponer medidas tendientes a satisfacer las necesidades de la Policía Nacional, para el eficaz cumplimiento de su misión.

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 1996, M.P.: Fabio Morón Díaz.

- "Establecer y adoptar mecanismos de revisión interna, tendientes a evaluar, controlar y mejorar la prestación del servicio.
- "Coordinar y hacer seguimiento del desarrollo de las diferentes acciones interinstitucionales, en función de las políticas establecidas en materias de policía y seguridad ciudadana.
- "Regular de manera equilibrada la doble función que desarrolla la Policía en los aspectos de prevención y control de delitos y contravenciones, así como formular recomendaciones relacionadas con el servicio de Policía y la seguridad general.
- "Recomendar políticas y normas técnicas que garanticen el manejo transparente, eficiente y oportuno de la información de que dispone, de acuerdo con las normas legales.
- "Solicitar y atender los informes que presente el Director General de la Policía Nacional, formulando recomendaciones sobre los mismos.
- Velar porque la Institución Policial, como organización de naturaleza civil, cumpla su fin primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, asegurando que los habitantes de Colombia convivan en paz.
- "Expedir su reglamento y ejercer las demás funciones que por su naturaleza le correspondan".



#### **4.4.2. Análisis de las funciones del Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana**

En términos generales, se puede decir que las funciones asignadas a este organismo son de coordinación y asesoría del Gobierno en las materias allí señaladas. No obstante, la función asignada conforme a la cual le corresponde al Consejo “regular de manera equilibrada la doble función que desarrolla la Policía en los aspectos de prevención y control de delitos y contravenciones, así como formular recomendaciones relacionadas con el servicio de Policía y la seguridad general”, merece algunos comentarios adicionales.

A *groso modo*, el poder de policía como posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos y libertades sólo puede residir en el Congreso de la República, como órgano de representación popular que tiene, por lo tanto, la legitimidad para hacerlo en un primer nivel. El desarrollo de ese poder, que se conoce como función de policía, es propio de las autoridades administrativas en ejercicio de dichas funciones mediante reglamentos, desarrollo que no corresponde a un órgano consultivo.

#### **4.5. EL CASO DEL CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD**

##### **4.5.1. Concepto**

El artículo 1° del Decreto 2010 de 1994 dispone: “Créase el Consejo Nacional de Competitividad, como organismo asesor del Gobierno Nacional en temas relacionados con la calidad, productividad y competitividad del país, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

**”Artículo 2º. Objetivo.** El Consejo asesorará al Presidente de la República en temas relacionados con el mejoramiento de la calidad, productividad y competitividad del país y de sus regiones, para acelerar su desarrollo económico y alcanzar un mejor nivel de vida de los colombianos”.

#### **4.5.2. Funciones**

Conforme a la normativa que lo regula, son funciones de dicho Consejo las siguientes:

- a) Propender para que en el país exista una conciencia sobre la importancia de la calidad, la productividad y la competitividad como factores determinantes de la calidad de vida de los colombianos;*
- b) Propender para que la calidad, productividad y competitividad sean criterios determinantes en la toma de decisiones;*
- c) Presentar propuestas de sistemas de medición y monitoreo de indicadores de productividad y competitividad, analizar su evolución y formular las recomendaciones que estime pertinentes;*
- d) Identificar y definir prioridades en relación con los problemas que inciden en la competitividad del país. Recomendar soluciones a los problemas que se identifiquen y hacerle seguimiento a las decisiones que se adopten;*
- e) Presentar y promover propuestas y acuerdos para la elevación de la productividad y la competitividad en las empresas, sectores y ramas de la actividad económica;*

- f) Presentar propuestas para fomentar el conocimiento y aplicación de los mejores principios y prácticas de gestión en todas las organizaciones públicas y privadas de país;*
- g) Sugerir acciones para la modernización de instituciones y normas que afecten la productividad y competitividad del país;*
- h) Presentar propuestas referentes al desarrollo, formación, capacitación y actualización del factor humano en Colombia;*
- i) Identificar y recomendar prioridades en el desarrollo y mantenimiento de la infraestructura física y de servicios en función de la productividad y la competitividad;*
- j) Estudiar los temas que propongan sus miembros en relación con los objetivos del Consejo.*

#### **4.5.3. Análisis de las funciones del Consejo Superior de Competitividad**

En el presente caso no se observa una función distinta a las puramente consultivas, coincidiendo con su definición legal y con la definición genérica que se hace de los Consejo Superiores de la Administración en la Ley 489 de 1998.

#### **4.6. CONSEJO CONSULTIVO-ASESOR DE DESARROLLO URBANO, VIVIENDA SOCIAL Y AGUA POTABLE**

##### **4.6.1. Concepto y funciones**

El Decreto 219 de 2000 crea varios Consejos asesores. Los Consejos Consultivos-Asesores del Ministerio de Desarrollo Económico son instancias de concertación, y en relación con las materias propias de cada uno, previstas en este decreto, tendrán las siguientes funciones:

- 1. Asesorar al Ministerio de Desarrollo Económico en la concepción, definición y formulación de las políticas, programas y proyectos de desarrollo y competitividad de los sectores productivos de competencia del sector administrativo encabezado por la entidad.*
- 2. Analizar el desempeño nacional e internacional de los sectores productivos de competencia del Ministerio de Desarrollo Económico y presentarle las recomendaciones pertinentes.*
- 3. Detectar oportunidades de Cooperación Económica o Técnica Internacional en favor de los sectores productivos de competencia del Ministerio y recomendar las gestiones pertinentes a su ejecución.*
- 4. Procurar una efectiva y permanente coordinación entre el Gobierno y el Sector Privado a favor del desarrollo y competitividad de los sectores productivos de competencia del Ministerio.*
- 5. Promover una efectiva y permanente coordinación entre las entidades públicas con funciones relacionadas con el desarrollo y*

*competitividad de los sectores productivos de competencia del Ministerio.*

- 6. Propiciar una efectiva y permanente coordinación entre las entidades públicas del orden nacional y las autoridades regionales y locales relacionadas con el desarrollo y competitividad de los sectores productivos de competencia del Ministerio.*
- 7. Realizar actividades de seguimiento, evaluación y análisis de impacto de las políticas, programas y proyectos de Gobierno en relación con los sectores productivos de competencia del Ministerio de Desarrollo Económico.*
- 8. Propiciar el establecimiento, monitoreo y evaluación de indicadores de gestión relativos a las políticas, programas y proyectos del Gobierno respecto de los sectores productivos de competencia del Ministerio de Desarrollo Económico.*
- 9. Darse su propio reglamento.*
- 10. Las demás que le asigne el Gobierno.*

#### **4.6.2. Análisis de las funciones del Consejo Consultivo-Asesor de Desarrollo Urbano, Vivienda Social y Agua Potable**

Como en el caso anterior, se puede afirmar que dicho Consejo cumple funciones puramente consultivas<sup>96</sup> y que no se observa la asignación de funciones propiamente administrativas o decisorias. Cabe anotar que el Decreto citado fue derogado por el Decreto 216 de 2003, que no contiene

---

<sup>96</sup> Sobre el punto la ha reconocido que las recomendaciones del consejo no tiene fuerza vinculante. Sobre el punto véase: Corte Constitucional, C.955 de 2000, la cual ya fue citada.

disposiciones relativas a los Consejos asesores, por lo tanto, y para los fines de esta investigación, se tendrá como fundamento el decreto citado.

#### **4.7. CONSEJO SUPERIOR DE PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS**

##### **4.7.1. Regulación y funciones**

El Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Empresas se encuentra regulado por la Ley 590 de 2000 y sus funciones, según el artículo 3°, son las siguientes:

- a) Contribuir a la definición, formulación y ejecución de políticas públicas generales, transversales, sectoriales y regionales de promoción empresarial de las pequeñas y medianas empresas, Pymes;*
- b) Analizar el entorno económico, político y social; su impacto sobre las Pymes y sobre la capacidad de estas para dinamizar la competencia en los mercados de bienes y servicios;*
- c) Contribuir a la definición, formulación y ejecución de programas de promoción de las Pymes, con énfasis en los referidos al acceso a los mercados de bienes y servicios, formación de capital humano, modernización y desarrollo tecnológico y mayor acceso a los mercados financieros institucionales;*
- d) Contribuir a la coordinación de los diferentes programas de promoción de las Pymes que se realicen dentro del marco de los planes de desarrollo y las políticas de gobierno;*

- e) *Proponer políticas y mecanismos de fortalecimiento de la competencia en los mercados;*
- f) *Propender por la evaluación periódica de las políticas y programas públicos de promoción de las Pymes, mediante indicadores de impacto y proponer los correctivos necesarios;*
- g) *Fomentar la conformación y operación de Consejos Regionales de Pequeña y Mediana Empresa, así como la formulación de políticas regionales de desarrollo para dichas empresas;*
- h) *Fomentar la conformación y operación de Consejos Departamentales para el Desarrollo Productivo, así como la formulación de políticas departamentales de desarrollo de las Pymes, en pro de la competitividad y estimulando cadenas de valor a niveles subregional y sectorial dentro del marco del Plan Nacional de Desarrollo;*
- i) *Propiciar, en coordinación con el Consejo Superior para la Microempresa, la conformación de Consejos Regionales para el fomento de las micro, pequeñas y medianas empresas, y para la promoción de proyectos e inversiones empresariales;*
- j) *Procurar la activa cooperación entre los sectores público y privado, en la ejecución de los programas de promoción de las pequeñas y medianas empresas;*
- k) *Estimular el desarrollo de las organizaciones empresariales, la asociatividad y las alianzas estratégicas entre las entidades públicas y privadas de apoyo a este sector;*

- l) Adoptar sus estatutos internos;*
- m) Promover la concertación, con alcaldes y gobernadores, de planes integrales de apoyo a la pequeña y mediana empresa;*
- n) Las demás compatibles con su naturaleza, establecidas por la ley o mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades permanentes consagradas en el numeral 16 de artículo 189 de la Constitución Política, orientadas a la promoción de las pequeñas y medianas empresas en Colombia.*

#### **4.7.2. Análisis de las funciones del Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Empresas**

Como se predicó de los dos Consejos anteriores, no hay en este caso ninguna función que se pueda catalogar como decisoria o regulatoria.

### **4.8. EL CASO DEL CONSEJO NACIONAL AMBIENTAL**

#### **4.8.1. Concepto**

La Ley 99 de 1993 en su artículo 14 le asigna la misión a dicho Consejo de “...asegurar la coordinación intersectorial a nivel público de las políticas, planes y programas en materia ambiental y de recursos naturales renovables, créase el Consejo Nacional Ambiental”.



#### 4.8.2. Funciones

La disposición comentada asigna las siguientes funciones al organismo:

- 1) *Recomendar la adopción de medidas que permitan armonizar las regulaciones y decisiones ambientales con la ejecución de proyectos de desarrollo económico y social por los distintos sectores productivos, a fin de asegurar su sostenibilidad y minimizar su impacto sobre el medio;*
- 2) *Recomendar al Gobierno Nacional la política y los mecanismos de coordinación de las actividades de todas las entidades y organismos públicos y privados cuyas funciones afecten o puedan afectar el medio ambiente y los recursos naturales renovables;*
- 3) *Formular las recomendaciones que considere del caso para adecuar el uso del territorio y los planes, programas y proyectos de construcción o ensanche de infraestructura pública a un apropiado y sostenible aprovechamiento del medio ambiente y del patrimonio natural de la Nación;*
- 4) *Recomendar las directrices para la coordinación de las actividades de los sectores productivos con las de las entidades que integran el Sistema Nacional Ambiental (SINA);*
- 5) *Designar comités técnicos intersectoriales en los que participen funcionarios de nivel técnico de las entidades que correspondan, para adelantar tareas de coordinación y seguimiento;*
- 6) *Darse su propio reglamento, el cual deberá ser aprobado por el Gobierno Nacional.*

### **4.8.3. Análisis de las funciones del Consejo Nacional Ambiental**

En este Consejo tampoco se advierte funciones que se salgan del ámbito meramente consultivo.

## **4.9. EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

### **4.9.1. Creación y concepto**

El artículo 171 de la Ley 100 de 1993 crea el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en los siguientes términos: “Créase el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adscrito al Ministerio de Salud, como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de carácter permanente”.

### **4.9.2. Análisis de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud**

Para el caso de este Consejo vale la pena anotar que se observan dos clases de funciones claramente delimitadas: las primeras que ejerce el Consejo independiente al Gobierno, y otras que tienen como destinatario el Gobierno para que éste las acoja. Como ejemplo de las primeras tenemos los numerales 2, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14 y 15. Las demás funciones están previstas en el párrafo 3, cuyo contenido debe ser adoptado por el Gobierno.

Se observa, entonces, una modalidad distinta a las anteriormente vistas, comoquiera que aparecen funciones administrativas que deben ser posteriormente acogidas por el Gobierno Nacional para que finalmente las expida. En este caso hay una función típicamente consultiva que emplea

el citado organismo como foro de discusión de los temas encomendados, para su posterior concreción definitiva por el ejecutivo. De otra parte, hay funciones administrativas de orden decisorio que hacen referencia a la adopción de medidas concretas que no tienen que llevarse a la posterior acogida por el Gobierno, lo cual rebasa las competencias de un órgano consultivo.

Por último, debe anotarse igualmente que la definición que suministra el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, califica al Consejo en estudio como un organismo de dirección del sistema. Dicho calificativo comporta especial atención en la terminología del Derecho Administrativo, teniendo en cuenta que la Ley 489 de 1998 entrega la dirección del sector respectivo (sector salud y protección en general) al Ministerio correspondiente. El tema de los sectores encuentra su antecedente en la reforma administrativa de 1968, que asignó la responsabilidad de dirección del sector a los organismo principales de la administración, es decir, Ministerios y Departamentos Administrativos, situación que no cambió en la ley antes citada.

La Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>97</sup> del Consejo de Estado se pronunció sobre la naturaleza de dicho Consejo Superior con ocasión de una consulta elevada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los siguientes términos:

*El CNSSS es un organismo administrativo concebido con características delimitadas en forma clara por el legislador, pues puede advertirse, **en primer lugar, su naturaleza decisoria en cuanto ha sido dotado de estas atribuciones en diversas e***

---

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 8 de junio de 2006. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación número 11001-03-06-000-2006-00043-00(1741)

***importantes materias como organismo directivo del sistema de seguridad social en salud y, por ello, sus decisiones son obligatorias - por previsión expresa de la ley -, y en consecuencia, los actos administrativos que expida gozan del carácter ejecutivo y ejecutorio que les es propio ( C. C. A. Art. 64). Constituye también una forma de coordinación administrativa de los distintos organismos estatales con atribuciones o funciones afines o conexas con la seguridad social en salud y a su vez, un organismo de concertación de los sectores público y privado para atender la responsabilidad del servicio público de salud y del sistema de seguridad social en salud. Este mecanismo institucional de dirección, coordinación y concertación, no es ajeno al derecho administrativo nacional, el cual ha previsto la existencia de los llamados “consejos superiores”, como los regulados por el decreto extraordinario 1050 de 1968 - vigente para la época de expedición de la ley 100 - en el que se concebían al interior de los ministerios y cuando el gobierno así lo dispusiera, pues éste tenía la atribución de determinar su creación, los cuales ejercían funciones de asesoría, formulación, coordinación y ejecución (art. 16), a diferencia de las decisorias conferidas al CNSSS. (Subraya fuera del texto)***

Luego de establecer las características del CNSSS procede la Sala de Consulta a determinar los rasgos generales de los Consejos Superiores de la Administración como categoría a la cual pertenece el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, resume dichas características en los siguientes términos:

*La ley general de organización y funcionamiento de la administración pública - que en su artículo 121 derogó el decreto*

1050 de 1968 - prevé los “consejos superiores de la administración” como organismos que integran el sector central de la rama ejecutiva - ley 489 de 1998, art. 38.1.c) -, y los ubica en el alto nivel de la estructura de la administración, y por tanto, de creación legislativa - art. 150.7 de la Carta -, **pero sin que haya definido sus características generales**, de manera que estas han de determinarse por la ley en cada caso particular, como en efecto ocurre con el CNSSS. Son ejemplos de estos consejos superiores a los que se refiere la norma en cita de la ley 489 - aunque todos ellos con régimen legal especial -, el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, el Consejo Superior de Comercio Exterior y el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional. Además de tales consejos superiores, la ley 489 de 1998 pone de presente la posibilidad de que el legislador establezca organismos consultivos o coordinadores de toda la administración o parte de ella, con carácter temporal o permanente, con participación estatal, y si fuere el caso, de particulares (art. 38, parágrafo 2°), pero como ya se advirtió, el CNSSS tiene carácter decisorio, características propias y sustento normativo especial originado en la disposición legal que lo crea y determina su composición, adscripción, complejo funcional y efectos de sus decisiones. En síntesis, puede afirmarse que el CNSSS conforma la estructura del sector central de la rama ejecutiva y tiene un régimen legal especial.

A pesar del interesante estudio que realiza la Sala, no se comparte la afirmación en el sentido de que la ley si establece las características generales de los Consejos Superiores de la Administración - como ya se dejó establecido en este estudio- siendo su rasgo predominante el de ser órganos consultivos o coordinadores para toda la administración o parte de ella, como lo establece literalmente el artículo 38 de la ley 489.

Siendo así, resulta contradictorio que se acepte que el CNSSS pueda tener funciones decisorias (o que sus conceptos tienen fuerza obligatoria en cuanto la propia norma que define a dichos organismos reconoce que son por antonomasia **consultivos** lo cual condiciona su posterior consagración normativa, como lo reconoce la Sala de Consulta.

Esta posición es comportada por cierta parte de la doctrina nacional que considera de una parte, que los Consejos Superiores por definición legal son organismos de carácter consultivo y coordinador y de otra, que la ley que crea cada uno de ellos puede asignarle funciones diferentes a las de simple asesoría o coordinación.

Vidal<sup>98</sup> explica que “desde el punto de vista jurídico, las funciones de los consejos pueden ser de coordinación, consulta o decisorias, las dos primeras están expresadas, las dos primera están expresadas en el art. 16 del decreto 1050 de 1968, sobre consejos superiores de los ministerios: las decisorias se encuentran en las leyes que estructuran los consejos y pueden consistir en la decisión final, o en vía de apelación de asuntos a su cargo. Debe tenerse en cuenta que dichos consejos no pueden desempeñar funciones asignadas al gobierno constitucionalmente (art. 115), pero sí de estirpe legal de este”.

Los comunitarios sobre este aspecto particular se efectuarán en las conclusiones generales, ya que no tiene que ver con un consejo en específico sino que los comentarios se aplican a la totalidad de los mismos.

---

<sup>98</sup> Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, p. 98.

La Corte Constitucional se pronunció sobre algunas funciones asignadas al CNSSS que hacen referencia a que ciertos conceptos emitidos por dicho organismo deben ser adoptados con posterioridad por el gobierno nacional, en este sentido la dijo la Corte<sup>99</sup>:

*En consecuencia la Corte considera que el literal m del artículo 156 demandado, -en virtud del cual las decisiones del Consejo, "deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional" -, y el segundo inciso del artículo 204, - según el cual el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización obligatoria y su distribución entre el Plan Obligatorio de Salud y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de que tratan los artículos 206 y 207 de la citada Ley, funciones estas que, según lo dispuesto en los artículos 172, 206, 207 y 222 competen al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -, vulneran la estructura orgánica de la rama ejecutiva del poder público y desconocen las calidades del Presidente como suprema autoridad administrativa y jefe de Gobierno (C.P., artículo 189), y en consecuencia serán declaradas inexecutable en la parte resolutive de la presente providencia.*

En suma, no hay posiciones consistentes acerca de la naturaleza de las funciones asignadas al CNSSS y en general sobre los consejos superiores de la administración, por lo cual es preciso reseñar algunas conclusiones generales sobre el tema, las que como se dijo, se efectuarán con posterioridad en este trabajo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 fue derogado por la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas

---

<sup>99</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 577 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Exp. N° D-830

modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, creando la Comisión de Regulación en Salud, la cual asumió algunas de las funciones asignadas al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Como se puede apreciar, las funciones son de una inmensa similitud.

<b>Funciones asignadas al Consejo</b>	<b>Funciones asignadas a la Comisión de Regulación en Salud</b>
Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.	Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.	Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente Ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.
Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.	Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.
Definir el régimen que deberán aplicar las entidades promotoras de salud para el reconocimiento y pago	Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las



de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.	incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.
Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.	Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.

Además de las funciones que se asignaron de forma similar a la Comisión de Regulación como unidad administrativa especial, el Consejo tenía otras funciones como:

- a) Definir el monto de la cotización de los afiliados del sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta ley.*
- b) Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del plan obligatorio de salud.*
- c) Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.*
- d) Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3º del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente ley.*

- e) *Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.*
- f) *Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgo catastrófico, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.*
- g) *Reglamentar los consejos territoriales de seguridad social en salud.*
- h) *Ejercer las funciones del consejo de administración del fondo de solidaridad y garantía.*
- i) *Adoptar su propio reglamento.*
- j) *Las demás que le sean asignadas por ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del consejo.*

**Parágrafo 2º-** *El valor de pagos compartidos y de la unidad de pago por capitación, UPC, serán revisados, por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustará en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional el año inmediatamente anterior.*

**Parágrafo 3º.** *Las definiciones de que tratan los numerales 1º, 4º, 5º, 7º y 11 del presente artículo deberán ser adoptados por el Gobierno Nacional.*

Este caso resulta bastante particular, en la medida en que se trasladaron de forma muy similar funciones de un órgano que tiene la calidad de Consejo Superior de la Administración, y por tanto de un órgano consultivo conforme a la definición legal, pasa a ser un órgano que tiene la calidad de comisión de regulación, órgano con carácter decisorio; no obstante esta circunstancia se le asignan funciones similares a los dos organismos, lo cual resulta contradictorio, como se explicará adelante.

#### **4.10. EL CASO DEL CONSEJO NACIONAL AGROPECUARIO Y AGROINDUSTRIAL**

##### **4.10.1. Concepto**

El artículo 2º de la Ley 301 de 1996 dispone que: “el Consejo Nacional Agropecuario y Agroindustrial será un organismo consultivo y asesor del Gobierno Nacional que servirá como mecanismo de participación y concertación gubernamental, gremial y ciudadana para la planificación y el desarrollo de la política agropecuaria”.

##### **4.10.2. Funciones**

El artículo 4º de la misma norma dispone que son funciones del Consejo:

- a) Asesorar al Gobierno Nacional en la investigación, análisis, preparación, planificación, formulación, adopción, aplicación y desarrollo de la política agropecuaria y agroindustrial;*

- b) Conceptuar sobre las líneas generales de la política agropecuaria y agroindustrial; estudiar la programación de la política agropecuaria y agroindustrial a corto, mediano y largo plazo, elaborar un proyecto presupuestal concerniente al sector agropecuario y agroindustrial, proponer alternativas para su mejoramiento; conceptuar sobre la necesidad y conveniencia de las reformas legislativas, evaluar el nivel de preparación de los funcionarios que trabajen en el sector agropecuario y recomendar los programas académicos teóricos que contribuyan a su mejoramiento; establecer un sistema de estímulos y sanciones para estos funcionarios;*
- c) Examinar la evolución periódica del sector agropecuario y pesquero, y cada uno de los subsectores que la integran;*
- d) Evaluar el grado de bienestar social alcanzado por la población campesina y de pequeños pescaderos, y proponer las medidas aconsejables para mejorarlo;*
- e) Considerar el estado del comercio internacional de bienes agropecuarios y sugerir medidas para incrementar la participación de Colombia en el mismo;*
- f) Conceptuar sobre los programas de inversión social en el campo que el Estado realice o pretenda realizar;*
- g) Proponer medidas orientadas al incremento de la productividad física, económica y al mejoramiento del sector agropecuario;*
- h) Recomendará (sic) un plan de modernización que utilice como instrumentos la informática y la cibernética, de tal manera que*

*permita y facilite el entendimiento, la comunicación y la informática entre los diversos sectores del sistema agropecuario;*

- i) Recomendará (sic) un plan de pedagogía de la política agropecuaria para los funcionarios del sistema agropecuario;*
- j) Fortalecer el grado de coordinación necesario entre todas las instituciones del Estado con el fin de unificar esfuerzos por el desarrollo y crecimiento del sector agropecuario y agroindustrial;*
- k) Integrar y enlazar las funciones anteriores con los aspectos del sector agroindustrial;*
- l) Proponer fórmulas de seguridad para el campo y mecanismos para reducir la violencia.*

**Parágrafo.** *El Gobierno Nacional proveerá lo necesario para la operación del Consejo Nacional Agropecuario y Agroindustrial, a través de sus agentes respectivos.*

#### **4.10.3. Análisis de las funciones del Consejo Superior Agropecuario y Agroindustrial**

En este caso no se observan funciones que desborden la calidad de órgano asesor y consultivo del Gobierno en materias relativas al sector agropecuario y agroindustrial, de tal forma que su definición legal coincide con la definición general que se suministra de estos organismos.

## **4.11. CONSEJO CONSULTIVO DE TRANSPORTE**

### **4.11.1. Concepto**

El Decreto 2172 de 1997 en su artículo 1º prescribe que el Consejo Consultivo de Transporte tendrá el carácter de cuerpo asesor del Ministerio de Transporte, bajo la directa dependencia y orientación del Ministerio del ramo.

### **4.11.2. Funciones**

- a) Asesorar al Ministro de Transporte en la definición de las políticas generales sobre el transporte y tránsito, así como en los planes, programas y proyectos que le correspondan conforme a los lineamientos que señalan las disposiciones pertinentes;*
- b) Proponer al Ministro de Transporte los mecanismos para evaluar y vigilar la calidad y eficiencia de los servicios que prestan las empresas de transporte;*
- c) Promover el análisis de tecnologías modernas propias para cada uno de los modos de transporte con el fin de recomendar, si es del caso, su adopción;*
- d) Crear las comisiones de trabajo que sean necesarias para desarrollar temas específicos sobre transporte y tránsito;*
- e) Recomendar la adopción de esquemas que propendan por la integración adecuada de transporte regional, nacional e internacional;*

- f) Asesorar al Ministro de Transporte en las políticas que optimicen e integren el transporte multimodal;*
- g) Asesorar al Ministro de Transporte en la adopción de medidas para garantizar la seguridad en las acciones del sector;*
- h) Darse su propio reglamento interno de funcionamiento;*
- i) Las demás que el Ministro de Transporte le señale de acuerdo con su naturaleza.*

**Artículo 5º.** *Las recomendaciones que en desarrollo de sus funciones formule el Consejo Consultivo de Transporte no serán obligatorias y sólo tendrán por finalidad orientar al Ministerio de Transporte en el desarrollo de las atribuciones y funciones que legalmente le han sido asignadas.*

#### **4.11.3. Análisis de las funciones del Consejo Consultivo de Transporte**

Se aprecia en este caso que las funciones no desbordan el carácter de consultivo que aparece en su denominación inicial. Esta afirmación se confirma si se observa que la misma disposición le resta valor decisorio a los dictámenes de este Consejo, cuando prevé que “las recomendaciones que en desarrollo de sus funciones formule el Consejo Consultivo de Transporte no serán obligatorias y sólo tendrán por finalidad orientar al Ministerio de Transporte en el desarrollo de las atribuciones y funciones que legalmente le han sido asignadas” (art. 5º).

## **4.12. EL CASO DEL CONSEJO ASESOR DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **4.12.1. Concepto**

La Ley 1286 de 2009 en su artículo 12 crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en los siguientes términos: “el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias–, tendrá un Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación”.

### **4.12.2. Funciones**

La misma norma prescribe en su artículo 13 que son funciones del Consejo las siguientes:

- 1. Asesorar al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias– en el diseño de la política pública relativa a ciencia, tecnología e innovación.*
- 2. Sugerir los criterios para la calificación de programas y proyectos en materia de ciencia, tecnología e innovación con base en los planes de desarrollo, en los documentos CONPES y en las orientaciones trazadas por el Gobierno Nacional.*
- 3. Proponer herramientas para el diseño, seguimiento y evaluación de la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.*
- 4. Asesorar sobre los programas, políticas, planes y proyectos estratégicos para el desarrollo científico y tecnológico del país que serán desarrollados por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias–.*



5. *Velar por la elaboración permanente de indicadores de Ciencia, Tecnología e Innovación.*

#### **4.12.3. Análisis de las funciones del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología**

En primer lugar, no se puede perder de vista que las funciones asignadas a dicho Consejo no sobrepasan la órbita de la mera administración consultiva.

Es preciso advertir que la anterior normativa (Decreto 585 de 1991) contiene dos elementos que son importantes para el objeto en estudio: la primera es que hay coincidencia entre algunas funciones asignadas al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (como lo calificaba el decreto en mención), funciones con las que bajo la nueva ley (1286 de 2009) se asignaron al Departamento Administrativo de Ciencia y Tecnología, entre las cuales se destacan las siguientes:

<b>Funciones asignadas al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología</b>	<b>Funciones asignadas al Departamento Administrativo de Ciencia y Tecnología</b>
Aprobar las políticas, estrategias, planes de mediano y largo plazo y desarrollar, por intermedio de su secretaría técnica y administrativa, las estrategias permanentes: de consolidación de las comunidades científicas, información científica y tecnológica, comunicación y difusión, planeación y prospectiva, regionalización, estímulo a los	Formular e impulsar las políticas de corto, mediano y largo plazo del Estado en ciencia, tecnología e innovación, para la formación de capacidades humanas y de infraestructura, la inserción y cooperación internacional, y la apropiación social de la ciencia, la tecnología y la innovación para consolidar una sociedad basada en

<p>investigadores y apoyo al desarrollo institucional.</p> <p>Aprobar las políticas y mecanismos de cooperación con otros países y organismos internacionales en aspectos relacionados con ciencia y tecnología, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Nacional de Planeación.</p> <p>Generar estrategias de apropiación social de la ciencia, la tecnología y la innovación para la consolidación de la nueva sociedad y economía basadas en el conocimiento.</p>	<p>el conocimiento, la innovación y la competitividad.</p>
<p>Proponer al Gobierno Nacional estrategias para incorporar la ciencia y la tecnología en los planes de desarrollo económico y social, para estimular la capacidad innovadora del sector productivo y para dar incentivos a la creatividad aprovechando sus producciones en el mejoramiento de la vida y la cultura de los colombianos.</p>	<p>Adoptar, de acuerdo con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, políticas nacionales para el desarrollo científico y tecnológico, y para la innovación que se conviertan en ejes fundamentales del desarrollo nacional.</p>
<p>Crear nuevos programas nacionales de ciencia y tecnología, definir su nombre y sus reglas de organización, modificar las existentes, diseñar las pautas para su incorporación en los planes de</p>	<p>Coordinar la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación con las políticas nacionales, regionales y sectoriales del Estado, en financiamiento, educación, cultura, desarrollo económico,</p>

las entidades vinculadas con su ejecución o suprimir los que haya creado.	competitividad, etc.
---	----------------------

Estas funciones sirven de base para concluir que la redacción de las mismas es similar, no obstante que se trata de órganos con naturaleza jurídica diferentes desde el punto de vista de su concepción normativa. En el primer caso se trata de un organismo al cual no se le pueden asignar funciones administrativas decisorias, mientras que en el segundo, se atribuyen funciones similares a las que ostentaba el Consejo a una unidad administrativa especial, lo que prueba que dichos Consejos no cumplen necesariamente con sus características legales.

Un segundo comentario tiene relación con la calificación que el Decreto 585 de 1991 (ya derogado), efectuó con relación a la naturaleza de sus decisiones y su fuerza vinculante. A este respecto, el Decreto en el parágrafo del artículo 8° dispuso: “según su carácter sea general o particular, las decisiones del Consejo se denominarán Acuerdos o Resoluciones y serán de obligatorio cumplimiento”. Claramente se advierte que no solo las decisiones revisten la forma usual de los actos administrativos, tales como el Acuerdo y la Resolución, sino que, más aún, al disponer la misma norma que sus decisiones son obligatorias le atribuye la fuerza ejecutoria y los demás elementos del acto administrativo, como la presunción de legalidad y su ejecución oficiosa.

## **5. CONCLUSIONES GENERALES QUE SE DERIVAN DEL ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DE LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN**

En este acápite se presentan las conclusiones generales sobre el análisis de las funciones de los Consejos Superiores estudiados, con el fin de

trazar líneas que, en general, sean aplicables a todos ellos. Las conclusiones que se destacan son las siguientes:

- Los Consejos Superiores registran dentro de sus competencias funciones administrativas de orden consultivo y funciones administrativas propiamente dichas o *stricto sensu*. No obstante, se puede observar que hay Consejos que cumplen simplemente funciones de orden consultivo en concordancia con la definición legal.

De acuerdo con lo que se dejó esbozado más arriba, y teniendo como punto de referencia según la posición según la cual los consejos por virtud de su definición legal son órganos consultivos, pero la norma posterior de su creación puede asignarles funciones administrativas *stricto sensu* o decisorias que es lo mismo se deben hacer las siguientes precisiones:

La primera tiene que ver con que la propia Constitución Política establece un listado de materias que deben ser reguladas mediante leyes marco, cuadro o generales, de tal forma que el ejecutivo queda sujeto a los lineamientos generales que materialmente impone la correspondiente ley.

Con respecto al tema puntual – que en este caso es el referente a la estructura de la administración – la constitución no incluye esta materia dentro del listado que contiene las materias objeto de ley marco, por lo cual podría pensarse que aquella no puede ser objeto material de este tipo de leyes.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte en varios pronunciamientos – en especial en las sentencias C-702/99 Y C-

262 DE 1995 – ha reconocido a la ley 489 de 1998 como una ley cuadro, en atención que el artículo 189 – 16 dispone que el presidente para el efecto de modificar la estructura de las entidades del orden nacional debe hacerlo con sujeción a los parámetros fijados en la ley, disposiciones que están contenidas en la ley 489.

Bajo esta consideración, resulta inadecuado afirmar que mientras la ley general asigna *in genere* las características definitorias de un organismo – que en este caso son las de ser consultivos o coordinadores – una ley posterior pueda asignarles funciones decisorias contraviniendo los lineamientos generales trazados por la misma, de tal suerte que este tipo de leyes (marco) no tendrían ningún efecto útil ya que podrían ser desconocidas por leyes ordinarias, lo cual claramente no aviene a la Constitución Política.

- La definición legal de los Consejos Superiores como órganos consultivos resulta poco explicativa de las funciones marcadamente decisorias que algunos de ellos presentan.
- Dentro de las funciones de los Consejos Superiores de la Administración se encuentran categorías disímiles, como las de regulación, fijación y reglamentación, calificativos que dan cuenta de su calidad de órganos de dirección o autoridad, los cuales distan del concepto de administración consultiva.
- Ibáñez respalda esta teoría con ocasión de los comentarios que realiza en su obra sobre la estructura del Estado, cuando afirma que “El CONPES es un organismo gubernamental de creación legal, de carácter supraministerial que cumple variadas **funciones administrativas** la gran mayoría de las de carácter asesor o consultivo, pero en otros casos de coordinación, de **decisión** y

hasta de regulación, lo cual conlleva la adopción de actos administrativos de carácter general. Forma parte de la estructura de la administración nacional, y constituye por lo demás, un mecanismo de desconcentración administrativa”<sup>100</sup> (negritas fuera del texto).

- En el mismo sentido VIDAL expresa que “no debe perderse de vista que estos consejos pueden tener ciertas funciones **decisorias** y en ellas debe cuidarse que el grupo o conjunto no vaya a asumir las funciones que corresponden al presidente, al ministro o al gobierno en razón del principio de la administración vertical”<sup>101</sup>.
- En otro aparte el mismo autor analiza la multitud de vacíos que se presentan con relación al tema de los consejos, cuando firma: “ante los vacíos que se han comentado parece necesario que se legisle sobre esta parte de la organización administrativa en el que intervienen distintos elementos de teoría administrativa que no se pueden soslayar con la sola descripción de entidades”<sup>102</sup>.
- Desde otra perspectiva, se puede ver con claridad que las atribuciones conferidas a los Consejos Superiores de la Administración pueden aparecer radicadas en diferentes órganos públicos, como es el caso de la regulación de dichos temas por medio de ley o de reglamentación por parte del gobierno. Esto trae una consecuencia importante, cual es que el ejercicio de competencias resididas en determinados entes por parte de cuerpos calificados por la definición legal como “consultivos”, pueden lograr diluir la responsabilidad política del Gobierno al

---

<sup>100</sup> IBÁÑEZ. Op. cit., p. 252.

<sup>101</sup> VIDAL. Op. cit., p. 138.

<sup>102</sup> *Ibídem*, p. 138.

ejercer sus funciones por medio de estos Consejos, en tanto que el ejercicio de competencias radicadas constitucionalmente al gobierno, al presidente o al congreso no son ejercidas de la forma prevista, sino por intermedio de órganos de otra naturaleza.

- Sobre este punto es muy importante citar la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad del artículo 3º de la Ley 9ª de 1991, la cual atribuyó al Gobierno Nacional ejercer, por conducto del CONPES, las funciones de regulación de la inversión extranjera en Colombia en el exterior, en los términos del artículo 15 de la misma Ley. Sobre el punto la Corte<sup>103</sup> expresó:

*- Encuentra la Corte que el ejercicio de la función establecida en el literal b) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, además de estar condicionado por los objetivos y criterios generales que establezca la “ley marco”, en concordancia con las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República, no puede ser trasladado a organismos o entidades en las que se desvirtúe la responsabilidad política y administrativa del Gobierno, como es el caso del CONPES.*

---

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-455 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz. En este mismo sentido la Corte expreso en la Sentencia C-955 de 2000 que “No obstante, cuando ya se considera el contenido mismo de la definición, se encuentra que confiere al CONPES - Consejo Nacional de Política Económica y Social- una facultad que no le corresponde, pues según el artículo 372 de la Constitución, la autoridad monetaria y crediticia, es decir, la llamada a establecer la metodología para el cálculo de la unidad de cuenta alrededor de la cual funcionará el sistema de financiación de vivienda a largo plazo, es únicamente la Junta Directiva del Banco de la República, la cual, eso sí, deberá hacerlo dentro de las pautas y reglas señaladas en la ley y en las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido sobre el tema, entre ellas la presente. Otorgar al CONPES la competencia para el mencionado efecto significa dejar en cabeza de un organismo integrante de la Rama Ejecutiva una atribución de la privativa competencia de la Junta Directiva del Emisor”. Aún cuando la Corte tiene en cuenta en los dos casos citados la calidad de órgano consultivo del CONPES como Consejo Superior de la Administración, dicha posición no es uniforme como se anota con posterioridad.

- En este sentido encuentra la Corte que es voluntad del Constituyente la de asegurar que, en el ejercicio de las principales funciones del Estado y de la administración pública, no se desvirtúe la responsabilidad política y administrativa de los funcionarios; por tanto, en esta materia, la disposición que establece la función constitucional de señalar el citado régimen de cambio, no puede ser interpretada en el sentido que permita que ella sea ejercida por conducto de ningún cuerpo, organismo, entidad u órgano público, oficial, particular, privado o mixto.
  
- Es del caso señalar que las expresiones acusadas comportan **una modalidad irregular de desprendimiento, traslado o delegación de funciones exclusivas del Gobierno, creando una versión extraña de revestimiento de competencias y de facultades**, de las cuales no puede desprenderse el ejecutivo, ya que la Carta Política es precisa y rigurosa en estas materias.
  
- Además, en concepto de la Corte Constitucional, frente a la función de señalar el régimen de cambio internacional a la que se refiere el artículo 150 núm. 19 lit. b) de la Carta Política, resultan inconstitucionales las expresiones acusadas en las que se autoriza el ejercicio de la función “...por conducto de los organismos que esta ley contempla” y “...y por conducto del Consejo Nacional de Política Económica y Social, las previstas en el artículo 13”.
  
- Desde otro punto de vista, y bajo otras perspectivas jurídicas, nada se opone a que dentro del marco de la Constitución Nacional, el Gobierno y el Presidente de la República puedan adelantar el cumplimiento de sus funciones con la **colaboración, asesoría** o con la coordinación de organismos de la



administración central o descentralizada, o con la asesoría, **participación o coordinación de cuerpos asesores y consultivos especiales, como lo es, en estas materias, el denominado CONPES**, o como otros tantos que se encuentran en el ordenamiento jurídico nacional, o con el auxilio de otros entes u organismos que, creados por la Carta Política o integrados en desarrollo de la misma Constitución de 1991, participativa, democrática, pluralista y consensual; empero, la función de que trata el citado numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, como otras tantas de origen constitucional, no pueden ser ejercidas por conducto de ninguno de estos organismos, cuerpos o instancias consultivas, de coordinación o de asesoría.

- La Corte encuentra, además, que es contrario a la Constitución **que un organismo asesor y de coordinación**, como lo es el CONPES, **pueda ser autorizado** o llamado a participar en el ejercicio de esta **función gubernamental** de origen constitucional y de regulación legal, pues desvirtúa la responsabilidad que le corresponde al Gobierno Nacional en su definición jurídica; en este sentido se encuentra que la noción constitucional de Gobierno está prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 115 de la Constitución Nacional, y que en ella se señala que el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los directores de departamento administrativo, y que, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno, el Presidente de la República y el ministro o director de departamento correspondiente.

- *En el asunto que se examina, se encuentra que el CONPES, como organismo asesor del Gobierno, no puede ser vinculado al ejercicio de la citada función en la modalidad que se expresa, al ser empleado por el legislador el término “por conducto” ya que como se advirtió, ni el Presidente de la República ni los ministros correspondientes pueden quedar excluidos de la responsabilidad debida en este tipo de función, es decir, la señalada por los artículos 1º, 3º y 15 de la Ley 9ª de 1991 y por una parte del artículo 59 de la Ley 31 de 1992.*

- Así, pues, la Corte analiza de forma detallada la asignación de funciones regulatorias a órganos consultivos, planteamientos que pueden ser predicados para todos los órganos consultivos que cumplan funciones diversas de las asignadas por ley, conforme a su objeto de asesorar al gobierno en determinados asuntos. Como se mencionó, en las citadas sentencias sí se tiene muy en cuenta la calidad de órgano consultivo del CONPES, en tanto que dicha calidad no puede ser un instrumento para diluir la responsabilidad política del Gobierno en el ejercicio de sus propias competencias, estudio que no se efectuó en otras sentencias, como la que se citó con ocasión del análisis de las funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, en donde no se menciona la calidad de órgano asesor de dicho consejo.

Des otro punto de vista, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad en el evento de asignación de funciones a Consejos Superiores cuando la competencia está atribuida a otros órganos del poder público, pero sin entrar en el análisis concreto de la naturaleza consultiva de los Consejos Superiores de la

Administración. En este sentido y con referencia precisa al CONPES dijo la Corte<sup>104</sup>:

*No obstante, cuando ya se considera el contenido mismo de la definición, se encuentra que confiere al CONPES -Consejo Nacional de Política Económica y Social- una facultad que no le corresponde, pues según el artículo 372 de la Constitución, la autoridad monetaria y crediticia, es decir, la llamada a establecer la metodología para el cálculo de la unidad de cuenta alrededor de la cual funcionará el sistema de financiación de vivienda a largo plazo, es únicamente la Junta Directiva del Banco de la República, la cual, eso sí, deberá hacerlo dentro de las pautas y reglas señaladas en la ley y en las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido sobre el tema, entre ellas la presente. Otorgar al CONPES la competencia para el mencionado efecto significa dejar en cabeza de un organismo integrante de la Rama Ejecutiva una atribución de la privativa competencia de la Junta Directiva del Emisor.*

- Ocurre una situación similar con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en general parte de la naturaleza consultiva de los Consejos Superiores para fundamentar sus decisiones sin entrar en el análisis de atribución de funciones decisorias de forma directa a dichos organismos, así la Sección Primera<sup>105</sup> expresó:

---

<sup>104</sup> Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Exp. D- 2743.

<sup>105</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de abril de 1996, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Exp. 3661. En este mismo sentido la misma Sección Primera expresó que “Las funciones del Consejo Asesor, no Superior como lo llaman los demandantes, son las de asesorar al Ministerio de Comunicaciones en los asuntos relacionados con el servicio de radioaficionados, y en consecuencia, proponerle y recomendarle medidas para su buen funcionamiento. Las recomendaciones de tal organismo deben ser escuchadas, aunque, en ningún caso obligan al Ministerio de Comunicaciones o al Gobierno Nacional. La circunstancia de que

*“De la simple lectura de los considerandos y de la parte dispositiva del acto acusado se evidencia con meridiana claridad que el Gobierno Nacional en momento alguno procedió a “fijar” o a “ampliar” los sectores o áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiados por los municipios con la participación de los ingresos correspondientes de la Nación, como lo plantea la demandante, sino que sencillamente se limitó a adoptar para el año de 1996 la inclusión de otros sectores que el Conpes para la política social estimó conveniente a solicitud de la Federación Colombiana de Municipios, en virtud de la facultad que le fue conferida por el Artículo 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993. La Sala considera que el hecho de que el citado Artículo 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993 haya facultado al Conpes para la política social para ampliar las áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiadas por los municipios con los ingresos corrientes de la Nación, en momento alguno permite concluir tajantemente que la etapa procesal de tal regla de competencia impide al Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria a él atribuida por el Artículo 189 - 11 de la Carta Política, llevar a rango normativo reglamentario decisiones*

---

deban escucharse tales recomendaciones, no es un requisito de validez del acto, ni elemento vinculante que determine su conformación, ni mucho menos condición a la cual deba supeditarse el ejercicio de la potestad reglamentaria que en virtud del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional ostenta el Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, para la cumplida ejecución de las leyes. Las funciones de asesoría y las recomendaciones que puede desempeñar y proponer el Consejo señaladas en la Ley 94 de 1993 son propias y adecuadas frente a las medidas administrativas adoptadas en el decreto acusado, pero en manera alguna pueden considerarse establecidas para condicionar la potestad reglamentaria del Gobierno, la cual es de la esencia del Estado y obedece a la necesidad de reglamentar la ley en procura de su aplicación y desarrollo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de junio de 1995, C.P. Yesid Rojas Serrano, Exp. 3047.

*adoptadas por dicho organismo sobre la materia en cuestión para la cumplida ejecución de los mandatos”.*

En otro pronunciamiento la misma Sección se refirió al alcance de los conceptos emitidos por los Consejos Superiores, reiterando que su valor – en cualquier caso – es puramente consultivo, al respecto dijo la Sala<sup>106</sup>:

*“En tales circunstancias, lo apremiante de la situación y la inexistencia del Consejo Asesor justifican con creces la falta del referido concepto, sobre si se tiene en cuenta que este no es determinante en la formación de la voluntad de la administración, sin que ello signifique que ya estando conformado el Consejo puede pasarse por alto”.*

- Se presenta un denominador común en todos los Consejos Superiores consistente en su convergencia para la fijación de políticas públicas en un determinado sector de la administración, lo cual trae consecuencias de gran importancia, en el sentido de que su intervención puede constituir un importante aporte para la

---

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 8 de mayo de 1997, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa, Exp. 4260. La Sección Cuarta de la misma Corporación expuso de manera similar lo expuesto por la Sección Primera en los siguientes términos: “Si bien es cierto que la norma exigía el concepto del Consejo de Política Económica y Social, tal concepto en manera alguna es obligatorio, y en esto tiene razón el Tribunal, pues de una parte, los órganos de consulta como el Conpes no tienen facultades decisorias y de otra, los conceptos son únicamente obligatorios cuando expresamente así lo establece la ley, caso en el cual se torna en requisito sustancial previo a la fijación del impuesto. Asimilar el concepto a una necesidad de autorización previa por parte del Conpes para crear la sobretasa, constituye un contrasentido ese sí violatorio de la Constitución Política, toda vez que se estaría condicionando el ejercicio de una atribución constitucional al querer de un organismo ajeno al Municipio y se estaría creando una condición que no establece la Constitución. Adicionalmente, resultaría que quien en últimas está ejerciendo la facultad de imposición sería el Conpes, violándose así el artículo 338 de la Constitución Política”. Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de abril 12 de 1996, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, Exp. 1458.

fijación de políticas públicas generales o sectoriales de gran impacto.

- Por último, en los Consejos Superiores objeto de análisis se tiene como característica común la participación de particulares en su estructura, aspecto que merece un posterior examen.

### **CAPÍTULO III**

#### **CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN, ACTO ADMINISTRATIVO Y CONTROLES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN**

Teniendo en cuenta los análisis efectuados con anterioridad, se puede concluir que los Consejos Superiores no son íntegramente consultivos, puesto que en ocasiones tienen asignadas funciones decisorias, lo que conlleva a formular la siguiente pregunta: ¿Pueden los Consejos Superiores de la Administración producir actos administrativos?

##### **1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

De las anteriores reflexiones surge claramente que dichos organismos tienen asignadas en unos casos funciones típicamente consultivas que se traducen en sugerencias o recomendaciones, y que no tienen, por lo tanto, el carácter de acto administrativo. Empero en otros casos, como se precisó con claridad, las decisiones de dichos consejos comportan la producción de decisiones administrativas. El problema se circunscribe a determinar si dichas decisiones encuadran dentro de la categoría jurídica del acto administrativo.

El acto administrativo se define como “toda manifestación de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por una administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”<sup>107</sup>.

Vale hacer algunos comentarios con respecto al último elemento propuesto en la definición (es decir, el relativo a una potestad distinta de la potestad reglamentaria), con miras a esclarecer el campo de aplicación de este elemento que puede sugerir confusiones innecesarias y que desbordan el objeto de la tesis. De otro lado, se debe precisar que en la doctrina se diferencian los conceptos de acto administrativo sustantivo por un lado, y el de acto administrativo procesal por otro, distinción que en el presente trabajo no se tiene en cuenta.

La doctrina colombiana ha precisado el alcance de esta expresión en el caso del derecho colombiano, afirmando que “en Colombia, y valga la aclaración, los reglamentos son actos administrativos, pero los autores ibéricos citados los excluyen considerando la singularidad de la teoría del reglamento. Esta definición la construyen sobre la formulación de ZANOBINI, la cual corrigen y que concibe el acto administrativo como cualquier pronunciamiento o declaración de voluntad, conocimiento o juicio de un sujeto de la administración en ejercicio de una potestad administrativa”<sup>108</sup>.

Luego de esta breve aclaración, se deben tener en cuenta los elementos del acto administrativo para verificar si algunas de las funciones administrativas *stricto sensu* ejercidas por los Consejos Superiores de la

---

<sup>107</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho Administrativo*. Barcelona. Ariel, 2003, p. 896.

<sup>108</sup> YOUNES. Op. cit., p. 163.



Administración encuadran dentro de la categoría jurídica del acto administrativo, desde el punto de vista de sus elementos.

Siguiendo a PAREJO ALFONSO, el primer elemento constitutivo del acto administrativo es el consistente en una **declaración de voluntad** (o intelectual como afirma el citado autor), el cual puede verse desde dos puntos de vista. El primero como un **criterio de exclusión** de otras formas de actuación de la administración, es decir, otras manifestaciones del actuar administrativo quedan excluidas de la categoría del acto administrativo, tal es el caso de las actuaciones materiales de la administración o reales, siguiendo la terminología del profesor citado. El segundo como criterio **comprensivo**, en tanto que las declaraciones de voluntad pueden ser, sin dejar de considerarse como tal, expresas o presuntas, como ocurre en nuestro derecho con el denominado *acto ficto*.

Este elemento se encuentra presente en los Consejos Superiores de la Administración por dos razones:

- La ubicación de los Consejos Superiores como parte de la administración central conforme al listado contenido en artículo 39 de la Ley 489 los hace, obviamente, parte de la administración bajo los postulados simples del criterio orgánico como parte de la rama ejecutiva sin necesidad de consideración adicional alguna.
- Otra razón es que las funciones establecidas para los Consejos Superiores de la Administración no pueden considerarse operaciones materiales o reales, lo cual forzosamente lleva a concluir que los documentos o “dictámenes” de dichos organismos cumplen con el primer elemento. Ello por cuanto contienen una genuina declaración de voluntad que versa sobre la “fijación”, “regulación”, “determinación”, o calificativos como el de autoridad,

que dan una particular fuerza a sus actuaciones como organismos integrantes de la administración, que de suyo excluye, como se dijo, las operaciones materiales y demás formas de actuación administrativa.

El segundo elemento del acto administrativo lo define el profesor citado en los siguientes términos: “la declaración en cuestión puede portar cualesquiera de los contenidos válidos de los actos jurídicos como categoría general: una manifestación de voluntad, es decir, una decisión en sentido estricto; una manifestación de deseo, cual sucede en las propuestas o mociones; una manifestación de juicio, como lo son todos los actos propios de los **órganos consultivos**, es decir, los informes y los dictámenes; o una manifestación de simple conocimiento, que es lo propio de todos los actos de inscripción, certificación y registro. Con todo, los actos en que se efectúa una declaración de voluntad (una orden, la resolución de un recurso, el otorgamiento de una autorización para una concesión, etc.) representan la especie sin duda más importante de entre todas las que integran la categoría. Quiere decirse, pues, que desde el punto de vista de la LRJPAC, el concepto doctrinal engloba los actos de trámite y los actos definitivos o que ponen fin a un procedimiento resolviendo las cuestiones en él planteadas”<sup>109</sup> (negritas fuera del texto).

Sobre la configuración de este elemento se deben hacer varias precisiones:

- La primera es que el autor engloba dentro de la categoría de acto administrativo una gama de posibilidades derivadas de la actuación de los diversos componentes de la administración, afirmando que las declaraciones de voluntad constituyen la categoría más importante de los actos administrativos, dentro de los cuales se destacan los actos

---

<sup>109</sup> PAREJO. Op. cit., p. 896.

definitivos. De otra parte, parece sugerir que los demás actos que constituyen la categoría compuesta por el juico, deseo, o una manifestación de simple conocimiento, constituyen actos de trámite al no contener una decisión de fondo en estricto sentido.

A este respecto cabe señalar que el Consejo de Estado ha precisado en varias oportunidades el concepto de acto de trámite en contraposición al acto definitivo en los siguientes términos: “la referida norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso”<sup>110</sup>.

De suerte que el acto de trámite se referirá a aquellos actos que impulsan una determinada actuación administrativa o proceso administrativo, tal es lo que acontece con los denominados actos de formación del expediente en el caso de las actuaciones que se surten ante la misma administración, o de los actos de sustanciación en el caso del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los cuales, sin lugar a dudas, no definen de fondo el litigio propuesto sino que impulsan las actuaciones con el fin de llegar a una resolución definitiva del litigio.

Ahora bien, cabe preguntarse si realmente el contenido de algunas funciones administrativas decisorias de los Consejo Superiores de la

---

<sup>110</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 22 de octubre de 2009, Expediente 00027-00, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa.

Administración encuadra dentro de la definición de acto de trámite. Con el fin de absolver esta pregunta, se citará algunas funciones que ya fueron analizadas:

- Con respecto a las funciones atribuidas al CONPES por las Leyes 152 de 1994 y 1ª de 1991, que lo califican como autoridad portuaria y de planeación, resulta jurídicamente improbable que el calificativo de autoridad se reduzca al simple impulso de los trámites administrativos desarrollados por el organismo en su calidad de tal. De otra parte, también resulta por lo menos contradictorio calificar de acto de trámite a la fijación de políticas públicas en materias tan diversas como la educación, los riesgos contractuales o la política macroeconómica, por citar algunos.
- Con respecto al Consejo Superior de Comercio Exterior y la asignación de sus funciones, parece difícil encuadrar la función de fijar las tarifas arancelarias como un acto de trámite, en la medida en que, precisamente, la fijación dentro del trámite administrativo supone un acto definitivo que decide de fondo la cuestión propuesta ante la administración. Lo mismo puede predicarse de la función de reglamentar las actividades de comercio exterior que realicen de comercialización internacional, la cual sin lugar a dudas es un acto definitivo.
- Sobre el Consejo de Seguridad Nacional de Política y Seguridad Ciudadana, se tiene que la regulación de la doble función de policía constituye un verdadero acto definitivo de intervención en el poder de policía que no puede asignarse a órganos consultivos.
- Con respecto a otros consejos, de los cuales se efectuó análisis funcional, se debe tener en cuenta que sus funciones son decisorias, y por tanto constituyen actos definitivos que las mismas se asignaron formalmente a órganos que tienen la calidad de autoridades administrativas.

El tercer elemento es el consistente en que “la declaración ha de emanar que tenga la condición subjetiva de Administración Pública (que para el caso del derecho colombiano debe entenderse como un órgano integrante de la rama ejecutiva) en los términos del artículo 2 LRJPAC (o en su caso, de una persona que, aún no teniendo tal condición, ejerza funciones por atribución, delegación o encomienda de gestión por parte de aquella)”<sup>111</sup>.

La configuración del elemento subjetivo está presente, comoquiera que la Ley 489, como ha quedado dicho, califica a los consejos como integrantes de la administración pública. Para la configuración del elemento subjetivo se debe tener simplemente en cuenta **el criterio orgánico**, en tanto que el acto emana de un órgano calificado como parte de la administración pública.

El último elemento consiste en que “la declaración debe ser necesariamente el resultado último, en el caso concreto del ejercicio de una potestad administrativa atribuida por el ordenamiento a través del órgano competente al efecto”<sup>112</sup>. Para la verificación de este elemento debe examinarse la fuente y el contenido del acto que emana del órgano administrativo, en tanto que el ejercicio de competencias administrativas tenga una fuente para su desarrollo y que materialmente sea el ejercicio de dichas competencias. Para este efecto, y como se dejó claro, hay dos fuentes fundamentales de las cuales emanan verdaderas competencias administrativas de los consejos: por un lado, en algunos casos la ley otorga dichas competencias, y de otro lado, la fuente normativa está en decretos de diversa naturaleza.

---

<sup>111</sup> PAREJO. Op. cit., p. 897.

<sup>112</sup> PAREJO. *Ibídem*, p. 897.

De todos los elementos estudiados que componen la definición del acto administrativo surge con claridad que los consejos superiores, cuyas competencias rebasan las consultivas, cumplen con los elementos estructurales de la definición de acto administrativo propuesta por la doctrina más autorizada en materia de derecho administrativo. Esta circunstancia presenta problemas concretos en materia de control administrativo, por lo cual se analizarán aspectos del control de los actos administrativos en el siguiente aparte.

## **2. EL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

### **2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CONTROL**

En este aparte se presenta un panorama general del control en sus diversas fases, centrando la atención en el control administrativo, que es el que interesa para el presente estudio. Lo que se quiere significar es que si como consecuencia del encuadramiento de algunas funciones decisorias de los Consejos Superiores de la Administración como verdaderas funciones administrativas diferentes de las consultivas y su consecuente calificación como actos administrativos, cabe jurídicamente excluir del control algunos actos administrativos. Para este fin se absolverá la siguiente pregunta: ¿Hay actos administrativos sin control? Para responderla se tiene lo siguiente:

El control es uno de los elementos constitutivos del Estado social de derecho, en la medida en que dicha cláusula sólo se concreta en tanto y en cuanto las autoridades y órganos del Estado cumplan sus funciones conforme a los mandatos constitucionales. Es decir, el control dentro de sus diversas acepciones garantiza que las competencias establecidas en la parte orgánica de la Constitución se ejerzan con el objeto de hacer efectivos los principios de la Carta a los cuales deben su existencia los

órganos del Estado. Por lo tanto, el control en sentido genérico tiene una dimensión de **medio** y otra de **fin**.

La sujeción al derecho aparece como una necesidad de primer orden dentro de la actividad de los órganos públicos, lo cual impone una vinculación de positiva de su actividad al derecho, lo que se conoce como “principio de legalidad”, que opera en la actividad imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia<sup>113</sup>. Es decir, el control se orienta a verificar el cumplimiento de los mandatos normativos por parte de los órganos destinatarios de dicha normatividad.

Es evidente que el control obedece a restricciones espacio-temporales que limitan su ejercicio a condiciones que están fijadas en el ordenamiento jurídico, resultando la oportunidad como uno de los criterios estructurales del control. Bajo esta misma línea, se tiene que el control varía dependiendo de los sujetos que intervienen en dicho proceso, de tal forma que el control en sus diversas formas varía desde el punto de vista subjetivo.

En cuanto a los tipos de control se destacan los siguientes:

- **El control legislativo:** Es aquel que se ejerce por intermedio del Congreso de la República y cuyo instrumento principal es de la regulación por medio de los diversos tipos de leyes de actividades que son objeto de control. Tales actividades son: (1) la disciplinaria. (2) el estatuto presupuestal. (3) expedición de la ley estatutaria de la administración de justicia que establece los marcos de actuación para el ejercicio del control (4) ley de servicios públicos. Como se

---

<sup>113</sup> DROMI, ROBERTO. *Modernización del control público*. México, Editorial Hispania-Libros, 2005, p. 38.

observa, la intervención en el control de ciertas actividades por parte del Congreso mediante leyes es considerable.

De otra parte, el Congreso ejerce una importante función de control distinta de la ejercida mediante la expedición de leyes regulatorias de actividades de control, cual es el denominado control político, cuyo objeto es la salvaguarda de la separación de poderes con el propósito de obtener información sobre el funcionamiento del ejecutivo y emitir las evaluaciones correspondientes. Este control se ejerce en el sistema jurídico colombiano mediante la citación a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo a las plenarias y comisiones, respectivamente, y por la denominada moción de censura contra los Ministros que implica su separación del cargo. Es del caso señalar que el acto legislativo 1 de 2007 amplió la figura de la moción de censura también a los Superintendentes (art.1).

- **El control judicial** es aquel control ejercido por la rama jurisdiccional, en especial por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad o la ilegalidad de actos expedidos por la administración. La distribución de competencias entre estos dos órganos está establecida con claridad por la Constitución Política en el artículo 241, que establece las facultades de la Corte, entre las que se destacan con relación al control administrativo las que versan sobre los decretos legislativos y decretos-ley. Con respecto al Consejo de Estado el artículo 237 de la Carta establece que le corresponde decidir sobre la constitucionalidad de los demás decretos expedidos por el Gobierno y sobre la legalidad en general de todos los actos administrativos, la cual ejerce con los demás integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estos son



a grandes rasgos los controles judiciales que se ejercen sobre la administración.

- **El control administrativo.** Por control administrativo “deberán entenderse las acciones de naturaleza preventiva y de verificación posterior que garanticen la correcta administración de recursos humanos, materiales y financieros, y la obtención de resultados adecuados de gestión en la administración pública federal, centralizada y paraestatal, así como la utilización congruente del gasto público federal, transferido o coordinado con Estados y municipios”<sup>114</sup>. Ahora bien, el control administrativo tiene dos dimensiones: la primera es aquella que cumple la administración (tareas a que se ha hecho referencia en el primer capítulo de este trabajo), y que en principio se ejerce de forma **endógena**, es decir, por la misma administración. Este tipo de control tiene dos fines concretos: el primer fin es el de orientar las políticas administrativas para su adecuada uniformidad, y el segundo el de corregir decisiones tomadas por la misma administración.
- Dentro de esta gama de controles se encuentran los recursos de la vía gubernativa, los cuales se interponen ante la misma administración, o la denominada revocación directa, por medio de la cual las partes o la misma administración pueden dejar sin efectos un determinado acto administrativo bajo las condiciones y requisitos previstos en la ley. En este mismo sentido se encuentran mecanismos como el control jerárquico que se concreta en la posibilidad de que los funcionarios de mayor rango o jerarquía revoquen o reformen los actos de funcionarios dependientes o de menor rango.

---

<sup>114</sup> LANZ CÁRDENAS, JOSÉ TRINIDAD. “El marco administrativo del control en la administración pública federal”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 57, 1984, p. 38.

- Con respecto a controles cuya finalidad es asegurar la uniformidad o coordinación de las políticas a cargo de la administración, se encuentra el control de tutela que se ejerce sobre las entidades descentralizadas con el fin de encauzar su actividad de conformidad con las autoridades centrales o principales. Vale precisar que este control también se fundamenta en la relación que deben los órganos descentralizados a los órganos principales de la administración.
- Por último, existe el denominado control **exógeno** que, como se dijo, es el que ejercen de manera prioritaria los órganos judiciales constitucionalmente establecidos para este efecto sobre los actos expedidos por la administración. Un análisis exhaustivo de dicho control desborda el objeto de este estudio, en el cual sólo se precisarán tres casos concretos de tipos de actos administrativos en donde se discuta su fiscalización por parte de la rama judicial.

## 2.2. ACTO POLÍTICO, ACTO DISCRECIONAL Y ACTO DE TRÁMITE

Este punto es relevante para el trabajo teniendo en cuenta las reflexiones que se hicieron con ocasión de la producción de actos administrativos por parte de los Consejos Superiores de la Administración, para lo cual se pregunta: ¿Existen actos administrativos sin control de cualquier orden? Para absolver esta pregunta se tiene lo siguiente:

En lo que toca al control judicial de los actos administrativos se realizará un breve análisis de la justiciabilidad o fiscalización de cierto tipo de actos que han presentado debates doctrinales y jurisprudenciales con respecto a esta arista de su control. Justo es decir que en la presente sección no se hace un análisis detallado del control de los actos administrativos en

general, sino que se presentan dos casos discutidos en la doctrina relativos a la posibilidad de su control por parte de órganos jurisdiccionales, y adicionalmente se esbozan algunos comentarios sobre los denominados actos de trámite.

El punto de partida para el análisis del control de los actos administrativos está contenido en el artículo 84 del Código Contenciosos Administrativo, que delimita el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dicho artículo dispone:

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.*

Esto es, pues, lo que constituye el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que incluye un amplísimo catálogo de

actuaciones materialmente administrativas con independencia que quien las cumpla. Con respecto a la justiciabilidad del acto político o de gobierno, su consagración como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es relativamente nueva y ha presentado una serie de discusiones que hoy se mantienen debido a las sucesivas reformas presentadas en este tema.

### **2.3. EL ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO**

El sometimiento pleno de los actos administrativos al orden jurídico es un tema discutido que ha presentado evolución en la jurisprudencia. Dentro de la categoría de los actos no sometidos a control jurisdiccional se encuentran los denominados actos políticos o de gobierno. Se consideran de esta “especie los actos provenientes del ejercicio de funciones típicas del Jefe de Estado, tales como el manejo de relaciones exteriores, diplomáticas, comerciales, la guerra y la seguridad exterior”<sup>115</sup>. Sin embargo, estos actos no son los únicos que comportan la categoría de actos de gobierno o políticos, siendo otros los referentes a la declaratoria de estados de excepción como actos de esta naturaleza que escapan al control jurisdiccional<sup>116</sup>.

Para los fines del trabajo el concepto y origen del acto político se remonta a 1815 cuando “la jurisprudencia francesa artificial y sin sustento histórico sobre el acto político o de gobierno, considerando que eran inmunes a todo control de legalidad, bien sea por parte de la justicia administrativa u ordinaria. Tal fenómeno fue originado ante la presión de los Borbones, quienes consideraban que todas sus decisiones eran legítimas, en contraste con el principio de legalidad defendido por los herederos de la

---

<sup>115</sup> SANTOFIMIO. Op. cit., p. 150.

<sup>116</sup> Sobre el punto véase: MALAGÓN, PINZÓN, MIGUEL, ATEHORTÚA CATALINA, “Evolución del concepto y control del acto político o de gobierno”. En: *Temas de derecho administrativo contemporáneo*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2005, pp. 260-218.

Revolución de 1789. La doctrina de los actos políticos comienza a esbozarse después de la caída de Napoleón I, pues, el Consejo de Estado de Francia, ante la presión del Rey, estatuyó por vía jurisprudencial que existían una clase de actos que no eran susceptibles de su conocimiento o control de legalidad, por no tener competencia, ya que se trataba de actos políticos”<sup>117</sup>.

En este contexto, se ideó una doctrina que permitía que cierta parte de los actos producidos por el ejecutivo escaparan al control jurisdiccional creando una inmunidad en razón de un concepto jurídico indeterminado, como es el de razones de Estado o similares, las cuales son fáciles de encuadrar en situaciones muy diversas. Sobre este punto, “la teoría de los actos políticos o de gobierno constituye una verdadera excepción al listado (sic) de derecho, fundada en «razones de Estado» reprochable desde todo punto de vista jurídico, sus defensores encuentran en su existencia un mecanismo de escape adecuado para que las administraciones públicas actúen sin sujeción alguna al derecho, inspiradas fundamentalmente por motivos calificados de «seguridad y orden social». La fundamentación de los actos políticos no se encuentran en el ordenamiento jurídico, sino en las razones personales invocadas por el gobernante frente a determinadas coyunturas”<sup>118</sup>.

Queda definido el campo y el concepto del acto político, el cual se utilizó en algunas oportunidades por el Consejo de Estado colombiano en lo que se ha denominado como “la época de ausencia de control de los actos políticos del ejecutivo”<sup>119</sup>. No obstante, y con ocasión del caso de los Monjes (que a su vez dio origen a la misma teoría del acto político, como

---

<sup>117</sup> *Ibídem*, p. 271.

<sup>118</sup> *Ibídem*, p. 271.

<sup>119</sup> SANTOFIMIO. Op. cit., p. 150.

consecuencia de cuatro pronunciamientos diferentes) dicha corporación inauguró el sometimiento de la administración al principio de legalidad sin excepción alguna. De forma contundente la Sección Primera<sup>120</sup> expresó:

*Los actos jurídicos internacionales de la Administración Pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merecen el calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas, la posibilidad de ser impugnador mediante recursos administrativos o jurisdiccionales.*

Bajo estos supuesto queda brevemente expuesta la teoría del acto político y su total control en el estado actual del derecho administrativo, por lo cual, aún si se llegase a sostener que la fijación general de políticas públicas por intermedio de los Consejos Superiores de la Administración, obedece a razones de Estado u otras similares, ello no es óbice para eludir su control por parte de los órganos correspondientes para tal efecto.

#### **2.4. ACTO DISCRECIONAL**

Otras de las categorías discutidas en la doctrina dentro de la clasificación de los actos administrativos es la de los denominados actos discrecionales, sobre los cuales se discute no su ausencia de control, sino el alcance del mismo. Lo que se quiere significar es que sobre estos actos

---

<sup>120</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 23 de octubre de 1992, Exp. 325, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

no se ha discutido sobre justificación alguna que evite su control, sino sobre el alcance del mismo en cuanto a su motivación y de aspectos.

De esta suerte, y por referencias, el concepto de acto administrativo discrecional se entiende con relación al acto reglado. Por acto **reglado** se entiende, en general, a aquel en el cual la potestad de la administración se encuentra pre-configurada por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que la expedición del acto, tanto en su forma como en su fondo, está preestablecida por la norma que determina la competencia. Es evidente que el control jurisdiccional de estos actos es completo, comoquiera que abarca el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que se deben llevar a cabo para su expedición.

Por acto **discrecional** se entiende aquella potestad de la administración que no se encuentra total o parcialmente determinada por la norma que otorga la competencia, de tal suerte que el órgano que expide el acto tiene la capacidad de apreciar los medios adecuados para la expedición del acto, los cuales se encuentran respaldados por la presunción de legalidad. En este caso, el control del acto es limitado en la medida en que los medios de la administración deben ser evaluados conforme a los principios de oportunidad y proporcionalidad en la expedición del acto.

Un debate bastante ilustrativo sobre el tema es el relativo a las posiciones que sobre el tema de motivación de actos administrativos, al declarar la insubsistencia de funcionarios provisionales en cargos de carrera administrativa, han sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, donde se aprecian dos enfoques diferenciados del alcance del control de dichos actos por parte de órganos jurisdiccionales<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Sobre el punto véase: YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá. Temis, 2009, p. 352.

Para concluir, se debe tener en cuenta que muchas de las funciones otorgadas normativamente a los Consejos Superiores de la Administración por parte de la normativa estudiada no constituyen facultades discrecionales en el sentido aquí expresado, de modo que las facultades consistentes en reglamentar, fijar o regular comportan competencias regladas tanto en su forma o expedición como en su fondo, que deben respetar los mandatos superiores establecidos en la Constitución y en la Ley. De esta manera, no se puede sostener válidamente que los actos expedidos por los Consejos son actos proferidos en uso de una facultad que otorga amplios márgenes para su expedición, e incluso, si en gracia de discusión se aceptase esa tesis, también deben estar sujetos al control en cuanto a los medios que deben ser proporcionales en su expedición, ya que la discrecionalidad no comporta un poder absoluto.

## **2.5. ACTO DE TRÁMITE**

El acto de trámite no es en sentido estricto uno de aquellos actos sobre los cuales se discuta su control o el grado del mismo, ya que de forma unánime tanto la normativa vigente como la jurisprudencia y la doctrina han sido enfáticos en expresar que los actos de trámite, por su carácter de otorgar impulso a los procedimientos administrativos o jurisdiccionales, están fuera del control por no contener decisión alguna que resuelva los planteamientos propuestos ante la administración o el juez.

El Código Contencioso Administrativo distingue dichos actos en su artículo 50 al disponer:

*Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*



*1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.*

*2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.*

*No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.*

*3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.*

*El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.*

*De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.*

*Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.*

*Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.*

Basta con reiterar los planteamientos que se hicieron con ocasión del análisis de las funciones de los Consejos, en el sentido que no se puede

hablar de actos de trámite cuando se han asignado funciones a los mismos de orden reglamentario o de fijación de políticas públicas, que impiden calificarlas como un acto que impulse un procedimiento administrativo, ya que la fijación de dichas políticas comporta un amplio espacio que determina y condiciona la actuación de los demás órganos de la administración, lo que dista mucho del concepto establecido en el Código sobre lo que se entiende por trámite.

## **2.6. CONCLUSIONES GENERALES RELATIVAS AL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Como se ha venido sosteniendo, el ejercicio de funciones administrativas que desbordan las funciones meramente consultivas de los Consejos Superiores de la Administración, implica la producción de actos administrativos que, según la legislación y la jurisprudencia colombianas, están sujetos en su totalidad al control jurisdiccional.

De suerte que el control de los actos administrativos producidos por los Consejos Superiores cuando ejercen una función administrativa resulta bastante particular, si se tiene en cuenta que las declaraciones de voluntad de dichos organismos están contenidas en los denominados dictámenes o conceptos técnicos por regla general, aunque hay casos en los cuales toman la forma de resoluciones o acuerdos, formas estas típicas de los actos administrativos. Bajo este supuesto se debe tener en cuenta que la intervención se concreta en documentos contentivos de las “recomendaciones” o de los parámetros que contiene declaraciones de política pública general.

Esta particularidad obliga a pensar en controles novedosos que tengan en cuenta criterios de control diversos a los ordinarios y las características propias de las declaraciones de voluntad expedidos por los órganos

estudiados. Sobre el punto se proponen características generales, fijando algunos parámetros de utilidad que pueden servir de sustento para investigaciones posteriores sobre el tema.

Estos parámetros son:

*Lo que aquí se quiere resaltar es que hay un influjo considerable en las decisiones de la administración y que la forma de expresión de los grupos de interés, es en el caso de los Consejos Superiores de la Administración, la entrega de dictámenes o la permanente participación en las sesiones de dichos organismos, con el fin de aportar conceptos técnicos que pueden ser determinantes para la toma de decisiones.*

*Siguiendo esta línea argumentativa, el dictamen o la intervención técnica tienen un sentido y un alcance bastante importante en la toma de decisiones públicas, es decir, que el órgano consultivo no es un órgano meramente formal de asesoría o coordinación, sino que tiene a su cargo la fijación o decisión de cuestiones sustanciales. En este orden de ideas el órgano consultivo “es un órgano substantivado, es decir, un órgano que se constituye sobre sí mismo, independientemente, para la función también sustantiva de aconsejar. Este acantonamiento estricto de la función de aconsejar permite formar (y exige una alta competencia técnica, hace necesariamente formales y solemnes las declaraciones de los órganos consultivos con los órganos activos; por una parte, el órgano activo debe requerir formalmente la consulta, y el hecho de que ésta tenga que venir de un órgano independiente implica que el consejo ha de darse precisamente en forma de «dictamen»; el dictamen, escrito y solemne, es, en efecto, la*

*forma típica de producción de la función consultiva según este sistema*<sup>122</sup>.

*La anterior cita se refiere a órganos “independientes” lo cual en medida alguna modifica el planteamiento esbozado, ya que lo definitorio en materia de órganos asesores es la capacidad técnica o de representación gremial que tiene el particular que se inserta en su estructura. La capacidad técnica opera del mismo modo en órganos de consulta o en otros pertenecientes a la administración, ya que su carácter común es la pertenencia de particulares con conocimientos especificados en el sector, lo cual se ha constatado dentro del análisis de la participación de particulares en los Consejos.*

*Sobre la naturaleza del dictamen y su alcance se debe tener en cuenta que el grado de información técnica que contiene puede determinar la actuación de los órganos destinatarios del concepto, es decir, el grado de complejidad que tiene el concepto emitido por los órganos consultivos (con participación de los particulares) puede determinar el accionar de las autoridades administrativas pertinentes.*

GARCÍA DE ENTERRÍA expresa sobre el punto que:

*la solemnidad del dictamen, por su parte, si reviste a éste de una especial energía para imponerse al órgano activo **(lo que, evidentemente, en materias de un cierto carácter, puede menoscabar la legítima libertad que el órgano activo***

---

<sup>122</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “Aspectos sobre la administración consultiva”. En: *Revista de Administración Pública*. N° (24), 1954, p. 163.

*necesita*), implica también que no sea fácil aplicar su técnica fuera de los problemas que exijan una decisión formal alternativa, quiero decir, que no es técnica que pueda reconducirse a cuestiones de otro carácter para las cuales el órgano activo requiere asesoramiento en términos de especial gravedad: formulación de planes, estudio y valoración de consecuencias que puede derivarse de hipotéticas soluciones distintas, problemas de aplicación de un criterio ya decidido, estudio de perfeccionamientos, etc., etc. En efecto, es algo fácilmente comprobable por quien tenga una mínima experiencia del funcionamiento de la Administración consultiva que todas estas limitaciones operan de un modo efectivo, y que ellas son las que alimentan la tendencia conocida a reducir a los órganos consultivos de este tipo clásico al mero informe de expedientes que exigen una “resolución”, como un trámite más o menos importante de un procedimiento formal, en tanto que el núcleo de los problemas estrictamente discrecionales o políticos, que constituyen los auténticos problemas de la jefatura y que no suelen ser susceptibles de funcionalizarse en expedientes, se ven excluidos sistemáticamente del pronunciamiento de estos órganos especializados.

En suma, esta importante solemnidad que reviste el dictamen amerita reflexiones sobre la necesidad del control de los actos administrativos producidos por los Consejos Superiores de la Administración, cuando no ejercen funciones puramente consultivas, sino que tienen contenido administrativo, en orden a establecer algunos criterios de control en cuanto a tres puntos fundamentales:

- **Criterio de control funcional:** según este criterio debe tenerse en cuenta el órgano jurisdiccional que debe eventualmente encargarse

del control de los actos proferidos por los Consejos Superiores de la Administración, teniendo en cuenta la naturaleza de la función que se les asigna. Para este caso debe mirarse la naturaleza de la función que se ha asignado por la ley o el reglamento a determinado Consejo Superior, examinando si la naturaleza de la función es de reserva de Ley y por tanto su ejercicio compete al Congreso, o si, por el contrario, es de competencia del ejecutivo sujeto a los parámetros fijados previamente por la ley marco, o de facultades que debe ejercer el Gobierno sin intermediación de órganos consultivos, con el fin de no vulnerar el reparto de competencias establecido por la Carta Política.

- **Criterio de control en la fijación de políticas públicas:** según este criterio el control sobre la fijación en las políticas públicas debe contener un riguroso seguimiento de la aplicación o la adopción de los “dictámenes” por parte de los órganos administrativos, y cuál es el grado de su aplicación sin modificaciones sustanciales.

Es decir, se debe tener en cuenta la importancia del control de la fuente primaria de la decisión (en el caso el documento o pronunciamiento del Consejo, cualquiera sea el nombre que adopte), ya que dicha decisión puede ser adoptada posteriormente con o sin modificaciones. En cualquier evento el control aparece como necesario, en tanto que si bien el acto que expide la autoridad conforme al dictamen o pronunciamiento del Consejo puede ser controlable en la medida en que simplemente reproduce el concepto, y en tanto el control se hace con posterioridad y con el mismo efecto. No obstante, el control se hace necesario para mantener el reparto de competencias constitucionales que la Constitución ha previsto, garantizando que no se asuman competencias por parte de órganos puramente consultivas

(manteniendo su concepción legal) con el fin de diluir la responsabilidad política del Gobierno, como lo ha precisado la Corte en sentencias ya citadas.

En caso contrario (en el evento en que se asuma parcialmente el documento) debe determinarse qué parte se ha acogido y cuál es su influencia en la decisión administrativa concreta, de modo que si gran parte de la decisión es consecuencia del concepto el control debe ir dirigido al concepto con el mismo fin de asegurar el reparto de competencias administrativas.

Bajo estas consideraciones queda concluido el presente aparte, relacionado con el tema de la producción de actos administrativos por parte de los Consejos Superiores de la Administración y su consecuente control, estableciendo algunas ideas generales que pueden servir de base para posteriores análisis sobre el tema, los cuales no se pueden analizar en el presente escrito por motivos de espacio y, sobre todo, porque lo que se quiere es presentar una teoría general que responda a criterios uniformes sobre el tema.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN, NEOCORPORATIVISMO Y FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES**

#### **1. PRESENTACIÓN GENERAL DEL TEMA**

En este último aparte se presentan algunas consideraciones acerca de la participación de particulares en los Consejos Superiores de la Administración que fueron objeto de análisis de este trabajo. El punto fundamental de este capítulo es absolver la siguiente pregunta: ¿Cuál es el grado de influencia que ejercen los particulares en la toma de decisiones de los Consejos Superiores de la Administración? Para este cometido se analizan las normas vigentes y se revisan sus antecedentes con el fin de dar cuenta del origen de esta modalidad de participación orgánica, para luego explicar, desde el punto de vista de la sociología, el influjo que puede tener la participación de grupos o representantes de intereses supraindividuales en estos órganos administrativos. Para finalizar, se revisa de manera sucinta el régimen de responsabilidad de los particulares en un caso muy cercano al de los Consejos Superiores,



constituido por la normativa aplicable a las entidades descentralizadas donde hay un signo de participación orgánica bastante similar.

## **2. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA DE PARTICULARES EN LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN**

Como quedó expuesto, la participación orgánica constituye el fundamento teórico normativo que sustenta la concurrencia de particulares de sectores económicos específicos en órganos de la administración. Se presenta un problema importante en torno a que no en todos los casos se puede apreciar el grado de participación que tienen los particulares en dichos Consejos, como consecuencia de que algunas normas no precisan el alcance o influjo de dicha participación. Si se pasa una revisión exhaustiva se encuentra que en la mayoría de casos la norma legal o reglamentaria no asigna de forma expresa si al particular le asiste derecho a voz o a voto.

Ante esta complejidad, lo que se propone es un planteamiento general que no tiene en cuenta dicha circunstancia, de modo que, con independencia del derecho que le asiste al particular representante del gremio o grupo de interés (con derecho a voto o sin él), se analiza el grado de ingerencia que en general pueden tener los particulares dentro de los órganos estudiados. Una investigación de semejante naturaleza implica una revisión de las normas y sus correspondientes reglamentos, que supera de forma evidente el objeto del presente trabajo.

Sin embargo, y con miras a otorgar un elemento adicional, se hace una breve relación de las normas actuales sobre el tema, discriminando aquellas que determinan la composición del Consejo y el particular que participa en ellos, además de la disposición legal que prevé la posibilidad de tener voz o voto.

En consecuencia, se tiene lo siguiente:

<b>Nombre</b>	<b>Norma legal</b>	<b>Particulares</b>	<b>Sector</b>
CONPES <sup>123</sup>	Decreto 627 de 1974, Ley 19 de 1958 (norma que no está vigente)	Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros y los funcionarios que designe el Gobierno podrán tomar parte en las deliberaciones del Consejo sin derecho a voto (Ley 19 de 1958). El Decreto 627 de 1974 no precisa nada acerca del tema de la posibilidad de voto por el particular.	Económico
Consejo Superior de Comercio Exterior	Ley 7ª de 1991	Dos miembros nombrados por el Gobierno. En la norma no se precisa si les asiste derecho a voz o voto	Económico y comercial
CESU	Ley 30 de 1992	Dos rectores de	Educación

<sup>123</sup> En el caso del Consejo Superior de Política Económica y Social se debe tener claro que el Decreto 2148 de 2009 reguló la conformación del mismo, excluyendo al Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros. Este evento no modifica el estudio, ya que la presencia de dicho representante gremial perduró por un lapso considerable de tiempo.

		universidades privadas, los cuales hacen parte del Consejo pero no hay especificación relativa sobre el alcance de su derecho.	
Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana	Ley 62 de 1993	Ciudadanos voceros de gremios por invitación, lo cual excluye la posibilidad de su permanencia, y en consecuencia sólo tendrá derecho a voz.	Seguridad
Consejo Nacional de Competitividad	Decreto 2010 de 1994	7 representantes del sector empresarial, 3 representantes de la academia, 3 representantes del sector laboral, todos nombrados por el Presidente. No se hace alusión alguna al derecho que les asiste.	Mejoramiento económico
Consejo Consultivo-Asesor de Desarrollo Urbano, Vivienda	Decreto 210 de 2000	4 representantes de agremiaciones del sector privado, con sus respectivos suplentes. La norma no prescribe si dichos	Desarrollo Económico

Social y Agua Potable		representantes tienen derecho a voz o a voto.	
Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Empresas	Ley 590 de 2000	Presidente de Confecámaras, Fenalco y Acopi	Economía y Desarrollo
Consejo Nacional Ambiental	Ley 99 de 1993	Representantes de los gremios agrícolas, industriales, minera, exportadores y actividad forestal. La norma no prevé ninguna diferenciación importante en la materia, simplemente regula la conformación del Consejo.	Ambiental y Económico
Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud	Ley 100 de 1993	2 representantes de los empleados, 2 de los trabajadores, 1 representante de E.P.S., 1 representante de los médicos, y 1 representante de los usuarios del servicio de salud. Además de	

		<p>lo anterior, serán asesores permanentes del Consejo 1 representante de la Academia Nacional de Medicina, 1 de la Federación Médica Colombiana, 1 de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, 1 de la Asociación Colombiana de Hospitales y otro en representación de las Facultades de Salud Pública. La norma no precisa el derecho de voz o voto en cabeza de los representantes.</p>	
--	--	---	--

Comisión Nacional Agropecuaria y Agroindustrial.	Ley 301 de 1996	<p>Presidente de la Caja de Crédito Agrario, Presidente de la SAC, Presidente de FEDEGAN, FIAC y AUNC, Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros, un</p>	Agrario y Económico
--	-----------------	---	---------------------

		<p>representante de las comunidades negras, otros de las indígenas y uno de pequeños propietarios campesinos, elegidos por el Ministerio del Interior y Agricultura, de acuerdo con su competencia, un representante de la Federación Nacional Sindical Unitaria Agropecuaria Fensuagro, un representante de la Sociedad de Agrónomos y Veterinarios. La norma no contiene disposiciones acerca del derecho que asiste a los particulares.</p>	
Consejo Consultivo de Transporte	Decreto 2172 de 1997	<p>Siete delegados nominados por las Asociaciones de Transporte en el país. Dos delegados del Presidente de la República. Un</p>	Transporte y Economía

		Representante de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Un Representante de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de Transporte ACIT. Un Representante del sector de transporte, de servicio público colectivo de pasajeros y/o mixto, del sector rural por carretera. No se especifica en la normativa si acuden con voz o voto.	
Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación.	Ley 1286 de 2009	Cuatro personas con reconocida trayectoria en el sector académico y científico, designadas por el Presidente de la República, de personas propuestas por Colciencias, previa consulta a los Consejos de Programas Nacionales de Ciencia y Tecnología. Cuatro personas con	Ciencia y Tecnología

		<p>reconocida trayectoria en el sector productivo designadas por el Presidente de la República, de personas propuestas por Colciencias, previa consulta a los Consejos de Programas Nacionales de Ciencia y Tecnología. Cuatro personas con reconocida trayectoria en el sector productivo designadas por el Presidente de la República, de personas propuestas por Colciencias, previa consulta a los Consejos de Programas Nacionales de Ciencia y Tecnología. Dos personas de reconocida trayectoria del sector científico regional, de departamentos diferentes a los</p>	
--	--	---	--



		seleccionados en el numeral 4, designadas por el Presidente de la República, de candidatos presentados por el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias. La norma no determina nada al respecto del derecho al voto.	
--	--	--	--

El tema de la participación **orgánica** se ve perfectamente reflejado en el caso de los Consejos, teniendo en cuenta que la característica fundamental que distingue la participación es que hay una inserción directa dentro de la estructura funcional del órgano administrativo, lo que imprime un nivel de intervención importante desde el punto de vista jurídico.

Conviene sin embargo advertir que, en general, la participación de gremios o grupos de interés en la administración tiene tres características fundamentales que bien vale resaltar:

- (i) La participación de gremios está necesariamente relacionada con un sector económico específico, es decir, las normas que habilitan dicha participación tienen como carácter común un sector específico

donde se pueden apreciar intereses de diverso tipo, lo que se puede denominar **participación orgánica sectorial**.

(ii) Con independencia del derecho que les asiste a los particulares en el seno de dichas organizaciones (voz o voto, como se dijo), su concurrencia permite asegurar un ámbito de intervención en la fijación de las políticas sectoriales con las cuales pueden resultar afectados. Evidentemente, el derecho al voto impone, en principio, un mayor grado de injerencia en las decisiones administrativas que se discuten en los Consejos, pero ello no quiere decir en manera alguna que el hecho de tener sólo voz dentro del órgano restrinja de manera considerable la intervención. Lo que se quiere significar aquí es que la intervención es importante con independencia del grado que ella tenga; simplemente el hecho de asegurar la participación supone de entrada una injerencia, lo que se puede denominar **criterio de injerencia**.

(iii) La última característica es que la participación se da de manera preponderante en órganos consultivos donde la exposición de razones por parte de los grupos de interés se constituye en un ámbito adecuado para sus planteamientos, lo que se puede denominar como **ámbito consultivo**.

Desde el punto de vista jurídico el tema de la participación se ha tratado por la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de encontrar el fundamento de su existencia.

La Corte Constitucional<sup>124</sup> se pronunció sobre el tema sobre dos bases fundamentales: (i) la concurrencia de representantes del sector privado en órganos de la administración obedece a todo un andamiaje constitucional

---

<sup>124</sup> Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, Exp . D-2296.

que prohíba la participación como un valor esencial, de esta suerte el ejercicio de funciones públicas por particulares obedece al fenómeno de descentralización por colaboración. (ii) La disposición contendía en el artículo 123 de la Constitución no es un mandato absoluto, en el sentido en que la asignación de funciones públicas a particulares puede tener vocación de permanencia.

Con respecto a las posiciones doctrinales es muy importante el aporte que Vidal Perdomo<sup>125</sup> ha hecho del tema, tratando de explicar de una parte el fundamento de la existencia de los Consejos, y de otra, algunas consideraciones sobre su régimen jurídico el autor plantea:

*Viene siendo frecuente dentro de los sistemas de funcionamiento administrativo la creación de Consejos a los cuales se les encargan de diferentes tareas administrativas.*

*En cierta manera son una trasposición al sector público de las juntas o comités directivos que tanto empleo tienen en la administración de los negocios privados. Al lado de la incancelable desconfianza hacia la toma unipersonal de decisiones, que en el marxismo se expresaba en la dirección colectiva del partido, los consejos agrupan personas con visiones y experiencias distintas que pueden asegurar mejores enfoques para las decisiones.*

*Aparte de esta consideración, en la administración pública es indispensable la coordinación entre sus distintos componentes o sectores, y combatir el aislacionismo de las administraciones, que no suelen mirar lo que ocurre en el predio vecino.*

---

<sup>125</sup> Op, Cit, p.97.

*Todas estas razones explican el fenómeno de la multiplicación de consejos o comités en la actividad ministerial, internamente, o interministerial con presencia de otros funcionarios. Estas realidades, de los sistemas y de las organizaciones muestran una tendencia hacia la “colegialidad”.*

*En ocasiones es requerida la participación de particulares en consejos o juntas directivas, **bien como fruto de conocimiento del ramo, o por la representación de intereses privados que intervienen dentro de una modalidad de política de concertación con representantes del Estado.***

Este es, como se dejó establecido, el punto de partida del presente capítulo, en cuanto se propone una teoría que explique con suficiencia la relación entre particulares y administración, además de las causas y consecuencias de dicha intervención con el fin de develar su contenido.

Volviendo al tema concreto, es necesario recalcar que el caso del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es de interés puramente académico, como consecuencia la asunción de parte de sus funciones por la denominada Comisión de Regulación en Salud. Sin embargo, la participación de particulares durante su funcionamiento fue considerable y encuadra dentro del objeto de la presente investigación. Bajo estos supuestos se deja esbozada la parte general que fundamenta este capítulo.

### **3. TEORÍA DEL NEOCORPORATIVISMO COMO FORMA EXPLICATIVA DE LA NORMATIVA REFERENTE A LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN**

La participación de grupos o de agentes de los mismos en órganos de la administración es una realidad evidente y reconocida normativa, jurisprudencial y doctrinalmente como un hecho insoslayable producto de la evolución del Estado y de la multiplicidad de cambios que este ha sufrido, lo que lo convierte en un actor social de relevancia mayor en los diversos ámbitos de la vida social (como se explicó en el primer capítulo de este trabajo).

La ocurrencia de esta circunstancia (la participación de particulares en la administración de forma directa), aun cuando es bien conocida, no se explica con suficiencia desde el punto de vista jurídico, en especial de las disposiciones legales que crean y autorizan la inserción gremial en cuerpos de la Administración Pública.

La habilitación legal para la participación en los Consejos Superiores apareció con la reforma de 1968, en el Decreto 1050 del mismo año, donde se previó la participación del sector privado en los órganos consultivos, en particular en los Consejos. No obstante, y revisado el contexto de dicha reforma y sus principales autores, se encuentran referencias generales de las mismas junto con sus cambios estructurales sin detenerse en aspectos concretos (como quedó establecido en el acápite referente a la relación histórico-normativa de los Consejos Superiores). Siendo así, y sumada la circunstancia de la ausencia de antecedentes o motivaciones preliminares de los Decretos Ley en Colombia, la ausencia de fundamentos jurídicos dificulta el fundamento desde el punto de vista legal de la habilitación mencionada.

Con respecto a la Ley 489 de 1998 ocurre una situación similar, en tanto que en la exposición de motivos de dicha norma no se hace mención alguna sobre la justificación normativa de la habilitación legal de la participación de particulares en los organismos estudiados.

Revisada la exposición de motivos del estatuto general de la administración pública se corrobora lo expuesto, en el sentido de que no se aprecia alguna alusión concreta del tema de la participación de particulares en órganos de la administración, sino la descripción de los motivos estructurales, la reforma y la expedición de la norma.

Dicho proyecto de ley<sup>126</sup> corrobora lo dicho en los siguientes términos:

*El proyecto de Ley General de Organización y Funcionamiento de la Administración pública se propone establecer un conjunto de principios y reglas generales que orienten la organización y funcionamiento de las entidades de la rama ejecutiva, para ponerlas a tono con los mandatos constitucionales y legales enmendados a partir de la Constitución Política de 1991 y los avances recientes de disciplinas como la economía, el derecho, la administración y la gerencia pública, inspirados en la concepción de un Estado más facilitador que regulado y que por lo tanto acude a la gerencia por proyectos, dejando de lado la gerencia funcional como la forma predominante de la Administración Pública.*

Es más, en el mismo proyecto no estaban previstos como integrantes de la Administración Pública los Consejos Superiores de la Administración, como

---

<sup>126</sup> Colombia, Congreso de la República, Cámara de Representantes, Proyecto de Ley N° 051 de 1997, contentivo por la cual se dicta la Ley General o Estatuto Básico de la Administración Pública, Gaceta del Congreso, año VI, N° 349, p. 15.

se puede observar en el texto del proyecto de Ley, que en su artículo 36 disponía:

**Artículo 36. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público.** *La Rama Ejecutiva del Poder Público en lo Nacional se integra con los siguientes organismos:*

- a. La Presidencia de la República;*
- b. La vice presidencia;*
- c. Los ministerios y Departamentos Administrativos;*
- d. Las Superintendencias;*
- e. Los Establecimientos Públicos;*
- f. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado;*
- g. Las Empresas Sociales del Estado;*
- h. La Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios;*
- i. Las Unidades Administrativas Especiales.*

*Además pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder público, respetando su régimen de autonomía consagrado en la Constitución Política, las Corporaciones Autónomas Regionales. Igualmente pertenece a la misma Rama las Comisiones de Regulación y la Comisión Nacional del Servicio Civil, y todas las entidades y agencias que establezca la Ley para el ejercicio de funciones administrativas. Lo preceptuado en este artículo no se aplica a los entes universitarios autónomos y a la Comisión Nacional de Televisión.*

**Parágrafo.** *Las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.*

En suma, el tema de los Consejos Superiores de la Administración como figura no encuentra un respaldo normativo claro que explique su consagración como integrantes de la Rama Ejecutiva. A su turno, tampoco se encuentra explicación alguna que dé cuenta del origen de la habilitación legal de la participación de los particulares representantes de intereses concretos.

Ante esta circunstancia, la ausencia de antecedentes normativos que expliquen con suficiencia la participación orgánica de algunos representantes de sectores económicos específicos, el presente trabajo hace uso de las herramientas brindadas por la sociología para explicar el tema de la participación como un fenómeno propio de los cambios sufridos por la sociedad, los cuales dan buena cuenta del fenómeno participativo. Esta clase de estudios no son ajenos a la administración cuyo estudio se ha visto influenciado por la denominada “Ciencia de la Administración”, que en términos generales analiza a dicho órgano como un hecho social que puede ser objeto de estudios de diversas índole, diferentes a los jurídicos. Esta es la explicación de la inclusión de este tipo de temas en el trabajo.

En la primera parte de este trabajo se sentaron algunas bases desde el punto de vista de las transformaciones del Estado, en especial la introducción de la cláusula Estado Social de Derecho, las cuales explican la intervención del Estado como factor de configuración social que progresivamente dan cabida a la participación de grupos que han sido “beneficiados” por dicha intervención.

Bajo este supuesto, se expone en este aparte la denominada teoría del neocorporativismo como el sustento teórico del efecto de la participación de los particulares en órganos de la administración. Es decir que teniendo



claro el fundamento normativo y teórico de la participación con las consecuentes transformaciones del Estado, y en concreto de la Administración Pública, como la encargada primordialmente de la intervención social, se expone la teoría neocorporativa como modo alternativo (alternativo en la medida en que el ordenamiento jurídico no da cuenta con suficiencia de dicho fenómeno) de explicación del efecto de la participación en la administración de grupos de interés, o sus representantes.

Por último, y con el fin de aclarar previamente las insuficiencias en que puede incurrir el autor en el manejo de conceptos sociológicos, se pone de presente esta circunstancia como consecuencia del conocimiento superfluo que se tiene de esta disciplina. Aclarado este punto se pasa a explicar la teoría expuesta.

Como se sostuvo, la construcción liberal del derecho administrativo se basa en diversos paradigmas, entre los cuales podemos citar la separación ontológica entre Estado y Sociedad, el papel neutral de la administración frente a ciertos intereses y la determinación del interés general por medio del sufragio. El análisis de la realidad estatal permite concluir que dichos principios han sido rebasados, y que hoy en día cumplen más una función ideológica que práctica.

El punto de partida de la teoría neocorporativa<sup>127</sup> es la de evidenciar que en las sociedades capitalistas de corte liberal democrático se pueden

---

<sup>127</sup> El concepto en estudio debe ser diferenciando del gobierno privado en los siguientes términos: “se le ha dado tan diversos significados al concepto de «gobierno privado» (McCONNELL, 1966; GILB, 1966; LAKOFF y RICH, 1973; LOWI, 1979; BUXBAUM, 1982; THOMPSON, 1983) que parece necesario, primero, definirlo y aclararlo y, segundo, explicar sus relaciones con el neocorporativismo. Un Gobierno de Interés Privado (PIG es el desafortunado acrónimo inglés) existe donde una organización no estatal controla en régimen de monopolio bienes, servicios o *status* que son indispensables para sus miembros. Por ello, es capaz de influir y potencialmente controlar sus conductas, y lo podrá hacer con un estímulo específico en forma de autorización y ayuda estatal. El Estado impondrá a cambio ciertas responsabilidades y comportamientos públicos a la

hallar elementos de orden corporativo que consisten en describir las complejas relaciones entre los grupos de interés y el Estado.

Esta circunstancia la anota SOLÉ<sup>128</sup>, cuando afirma que “después de la Segunda Guerra Mundial y la derrota del fascismo y nazismo en Europa, el pluralismo como sistema político, en contraste con el totalitarismo, se convierte en el modelo a seguir por las democracias recién estrenadas. La autonomía de las asociaciones y grupos de intereses, la libre competencia entre partidos políticos, entre grupos de presión y el Estado, son rasgos esenciales de las sociedades industriales occidentales de aquel momento”.

#### **4. PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE NEOCORPORATIVISMO**

La teoría del neocorporativismo<sup>129</sup> da cuenta de los procesos desarrollados en la sociedad civil representada por ciertos grupos de

---

organización. Resumiendo, un PIG está basado en la autorregulación de los grupos a través de organizaciones formalmente privadas, reforzadas por una delegación de la autoridad estatal y legitimada por la pretensión de actuar en interés público. La inserción de la palabra «interés» en el concepto pretende dar a entender que está involucrada una categoría social genérica, clase, sector o profesión son las más corrientes, que se espera que actúe en su propio beneficio”. SCHITER. Op. cit., p. 60.

<sup>128</sup> SOLÉ, CARLOTA. Op. cit., p. 10.

<sup>129</sup> Este vocablo puede tener distintos sentidos o acepciones como “corporativismo liberal” en países como Italia, donde el término corporativismo evoca al fascismo, por tanto la distinción es importante. Además de la distinción citada, PÉREZ YRUELA precisa algunas diferencias entre corporativismo y corporalismo en los siguientes términos: Sin embargo, todos los que lo han utilizado han establecido con claridad desde el primer momento las diferencias sustantivas que hay entre el viejo y el nuevo corporativismo. Diferencias que estriban en su sociogénesis, en los principios latentes y en la extensión del fenómeno en ambos casos. El nuevo corporativismo, a diferencia del otro, tiene una cierta espontaneidad en su origen que no responde totalmente a un diseño realizado desde el poder; coexiste con una concepción pluralista y conflictivista de la sociedad que no puede reducirse a una totalidad armónicamente integrada. Sólo abarca una parte de las relaciones sociales, políticas y económicas, y enlaza con un sistema de representación parlamentaria que guarda una estrecha congruencia con los principios políticos del pluralismo liberal. De esta suerte, cuando se hace referencia a corporalismo se suele aludir a lo que aquí llamamos corporativismo dirigista o fascista. Precisado lo anterior en el texto se emplean los términos neocorporativismo y corporativismo para identificar un mismo fenómeno.

interés, que adquieren una gran envergadura a la hora de tomar decisiones en los organismos colegiados, o en general en la administración, supliendo incluso las políticas que deben ser fijadas por dichos órganos.

Partiendo de las anteriores reflexiones es importante precisar el concepto de neocorporativismo. Así, dicho concepto “consiste en admitir que, mediante mecanismos de representación de intereses legítimamente establecidos o mediante contactos<sup>130</sup> informales, organizaciones sociales representativas de colectivos empresariales, profesionales y de trabajadores, **frecuentemente estructuradas y reconocidas por el Estado, tomen parte en la elaboración de decisiones públicas, consensuando** con el poder político estrategias, objetivos y medidas concretas, fundamentalmente en el ámbito de la política económica” (negrilla fuera del texto).

A su vez, BOBBIO<sup>131</sup> precisa el concepto en estudio afirmando que “en el neocorporativismo las grandes organizaciones de los intereses no se limitan a ejercer presiones desde el exterior –como en el modelo pluralista– **sino que son directamente incorporadas, o asimiladas, en el proceso de formación y de gestión de las decisiones.** O sea que el neocorporativismo consiste, según diversos autores, en la participación de los grandes grupos sociales organizados en la formación de la política estatal, especialmente de la política económica. En este segundo caso se habla a menudo de «concertación» de la política económica, haciendo resaltar el hecho de que tales organizaciones de intereses privados son sistemáticamente consultadas por los gobiernos antes de la adopción de

---

<sup>130</sup> SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “Participación, neocorporativismo y administración económica”. En: *Estudios sobre la Constitución española*. T. I. Madrid. Civitas S.A., 1991, pp. 3943-3978.

<sup>131</sup> BOBBIO, NORBERTO y otros. *Diccionario de Política*. 2 Vols. México. Siglo XXI Editores, 2005, pp. 1042 y ss.

medidas políticas. El concepto de neocorporativismo parece además implicar una elevada institucionalización y formalización de dichas relaciones, y en un determinado momento se habló de los «grupos de presión» para referirse a esta actitud (negrilla fuera del texto).

Por su parte, y en cuanto a “el origen etimológico moderno del término se encuentra en el pensamiento social de finales del siglo XIX y principios del XX, que rechaza las premisas teóricas del liberalismo, por un lado, y las del socialismo marxista, por otro, despreciando tanto al individualismo como a la competencia, propia del capitalismo, y por otro lado al conflicto de clases y a los movimientos sociales a los que éste daba lugar. Los teóricos del corporativismo consideran que la armonía de clase y la unidad orgánica son esenciales a la sociedad. Inspirándose en los estamentos medievales, proponen un orden social y político basado en organizaciones socioeconómicas funcionales a la sociedad, pero vinculadas unas a otras y con el Estado en cuerpos de forma civil, operando con amplia autonomía en sus respectivos campos de decisoriales y sectoriales, a la vez que se comprometen a mantener la jerarquía funcional de una sociedad orgánica”<sup>132</sup>.

Es importante determinar el **campo de aplicación** de la teoría expuesta, la cual presenta las siguientes características fundamentales:

- Las sociedades en que se presenta el fenómeno neocorporativo son sociedades capitalistas, donde el Estado adquiere una mediación importante entre los intereses sociales en juego, dando prevalencia a los representados por las grandes empresas nacionales e internacionales. Esta situación puede ser realmente inconveniente, como afirma SCHMITTER<sup>133</sup>: “de otra forma, lo que se

---

<sup>132</sup> SOLÉ, CARLOTA. Op. cit., p. 11.

<sup>133</sup> SCHMITTER, PHILIPPE. “Democracia y Neocorporativismo”. En: *La democracia en sus textos*. Madrid. Alianza, 1998, p. 473.

habría pensado como una delegación de responsabilidad pública a grupos privados de interés puede terminar en una colonización pluralista del Estado por los propios intereses que habrían de ser sujetos a disciplina pública”.

- El mismo autor<sup>134</sup> proporciona una definición del concepto en estudio, la que se considera fundamental para efectos del tema, afirmando que “el neocorporativismo es un sistema de representación de intereses en el cual las partes constitutivas están organizadas dentro de un número determinado de categorías singulares, obligatorias, jerárquicamente ordenadas y funcionalmente diferenciadas, reconocidas o autorizadas (si no creadas) por el Estado, a las que les concede un deliberado monopolio de representación, dentro de sus respectivas categorías, a cambio de seguir cierto control de líderes y articulación de demandas y apoyos”.

Bajo los supuestos enunciados son **elementos que definen** la teoría del neocorporativismo según PANITCH<sup>135</sup>, cuando afirma que dicha teoría es específica en cuanto implica:

- El vínculo entre el Estado y los grupos funcionales, vínculo constituido por la representación institucionalizada en las medidas de política estatal (pública).
- La interacción entre los propios grupos, en contraste con la relación recíproca, unilateral, entre agregados de intereses y el Estado, que normalmente constituyen los grupos de presión.

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*, p. 460.

<sup>135</sup> *Ibídem*, p. 18.

- Un elemento de control del Estado sobre los grupos, mediante el cual la autonomía de éstos queda limitada, siendo utilizados como agentes de movilización o administración de la política estatal.

De este modo, el neocorporativismo describe una forma determinada de intermediación de intereses entre grupos sociales y el Estado que, como ya se dijo, tiene como identidad determinados desarrollos y prácticas políticas que se concretan en acuerdos y pactos entre fuerzas sociales, en principio antagónicas.

El propósito esencial de la posición en estudio es el de dar cuenta de los diversos instrumentos utilizados para la intermediación de la gama de intereses sociales y el Estado, una de ellas puede ser, por ejemplo, la creación de normas jurídicas que aseguran la participación de organizaciones particulares en órganos consultivos de la administración. Dicha circunstancia se explica de la siguiente forma: “Los modelos neocorporativos, por el contrario, actúan en un sentido inverso: redefiniendo institucionalmente los *inputs* sociales a fin de hacerlos compatibles con los medios de que dispone el sistema político. Esto sólo es posible en la medida en que **el Estado delegue en las organizaciones de intereses privados cierta capacidad para la toma de decisiones**, lo que de hecho equivale a crear centros rivales de poder y a privilegiar determinadas categorías de intereses<sup>136</sup>” (negrilla fuera del texto).

Sobre la circunstancias en las cuales los acuerdos neocorporativos se llevan a cabo, SCHMITTER precisa: “tienen más oportunidad (los acuerdos) de surgir donde la hegemonía de una clase ya no es una opción plausible (p.e.: donde la fuerza de los votos y la presencia en el gobierno de

---

<sup>136</sup> COLÓN. Op. cit., p. 115.

socialistas o socialdemócratas es importante y donde los «proyectos» rivales no dividen a sus miembros (por ejemplo, donde las asociaciones de interés no están interiormente divididas por ideologías, raza o religión)”<sup>137</sup>.

A este propósito, es importante resaltar que los acuerdos entre fuerzas sociales y el Estado se llevan a cabo en sociedades con rasgos particulares en lo que se ha denominado “*sociedad corporativa*”, la cual puede caracterizarse como “«toda aquella en la que los modos de estructuración fundamentales, los de conflicto y los de orden clasista, de poder y de prestigio, rigen y se ejercen a través de corporaciones»”<sup>138</sup>.

Si bien la definición otorga unos elementos importantes, es bueno recordar que los componentes del corporativismo pueden variar dependiendo de la sociedad en que se presenten, en tanto que si bien existen rasgos comunes, la dinámica entre grupos sociales y órganos de la administración varía sustancialmente.

Por tanto, y como ya se ha expuesto, en las sociedades corporativas existe una conexión necesaria entre administración e interés general “a lo largo de este proceso el interés general deja de ser monopolio de unos pocos, trasladándose la política a un escenario en el que los individuos y sus problemas se vuelven protagonistas. Este proceso habilitó un nuevo sujeto político, en sí mismo difícilmente abarcable, pero con creciente importancia en las relaciones políticas: la sociedad civil”<sup>139</sup>.

Dentro de este marco ha de considerarse que en las sociedades corporativas la sociedad civil como “sujeto” adquiere un *status*

---

<sup>137</sup> SCHMITTER. “Neocorporativismo y Estado”. Op. cit., p. 58.

<sup>138</sup> PÉREZ YRUELA, MANUEL y GINER, OP. CIT, P. 29.

<sup>139</sup> GANUZA FERNÁNDEZ, ERNESTO. “Modelos de acción pública en una sociedad asimétrica”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (113), p. 113.

considerable en términos de su necesaria concurrencia a las decisiones de gran envergadura.

Por último, es imperioso establecer la conexidad entre la cláusula Estado Social de Derecho y los acuerdos neocorporativos, en tanto que “se caracteriza (el Estado Social de Derecho) por la puesta en marcha de mecanismos neocorporativos de organización de las demandas sociales y de elaboración de las decisiones políticas, procedimientos que reformulan radicalmente las características del Estado capitalista, al definirlo como un Estado de organizaciones y no de ciudadanos”<sup>140</sup>.

De esta suerte, es necesario resaltar que la teoría del neocorporativismo tiene una relación necesaria con la previsión constitucional del Estado Bienestar. En consecuencia, se puede aseverar **que la vinculación estatal con ciertos fines sociales facilita acuerdos con grupos representativos de intereses difusos o colectivos, en tanto que la administración (a quien compete en mayor medida la tarea de proveer las medidas concretas para la consecución de los fines sociales)** interactúa mediante formas participativas con los representantes de dichos intereses difusos, que encuentran estrecha relación con la función social del Estado.

No obstante, el modelo político o la forma de Estado no necesariamente determina la aparición de acuerdos entre actores de la comunidad; así, se ha reconocido que: “en todo caso, lo que parece quedar claro es que una descripción sociológica del Estado contemporáneo, cualquiera que sea su carácter –autoritario o democrático, inclusivo o excluyente–, **supone un cierto grado de corporativización, sea en el nivel de organización de**

---

<sup>140</sup> GARCÍA DE LA CRUZ, HERRERO. Op. cit., p. 9.



las demandas o en el de la elaboración de las decisiones”<sup>141</sup> (negrilla fuera del texto).

## 5. GRUPOS DE INTERÉS Y NEOCORPORATIVISMO

La gama de conceptos expuestos tiene una estrecha vinculación con los denominados grupos de interés. En efecto, la participación se canaliza mediante la inclusión de los mismos en la estructura administrativa, como consecuencia de que son representantes de las denominadas prerrogativas difusas o colectivas, además de ser los actores fundamentales de la celebración de acuerdos con el Estado. Así entendido, resulta de gran importancia precisar el concepto y su génesis.

El surgimiento de colectividades en la sociedad parte de la base de la existencia de estructuras organizadas en grupos determinados, que interactúan entre sí con el objeto de lograr reivindicaciones y reconocimiento dentro de un ámbito social concreto.

El sociólogo CHINOY explica que la sociedad “es aquel grupo en el cual los individuos pueden compartir una vida común total más que una organización limitada a algún propósito o propósitos específicos. Es la matriz de relaciones sociales dentro de la cual se desarrollan otras formas de vida de grupo. Desde este punto de vista una sociedad se halla compuesta no solo por individuos relacionados entre sí, sino también por grupos interconectados y superpuestos”<sup>142</sup>.

De esta forma, los grupos sociales, según el mismo autor, se “componen de un cierto número de personas unidas por una red o sistema de relaciones sociales. Sus miembros interactúan entre sí en una forma más

---

<sup>141</sup> *Ibídem*, p. 11.

<sup>142</sup> CHINOY, ELI. *Introducción a la sociología*. Buenos Aires. Paidós, 1999, p. 51.

o menos estandarizada, esto es, dentro de las normas o estándares aceptados por el grupo”<sup>143</sup>.

En estos términos<sup>144</sup>, “por corporación se entiende meramente toda institución social en el seno de una sociedad erigida por personas o coaliciones para alcanzar una serie de objetivos, fines, más o menos explicitados, según los principios de jerarquía interna, coordinación imperativa y normas de conducta eficiente; además del acceso, reparto, participación y exclusión diferenciadas de los recursos escasos sobre los cuales las instituciones tratan de ejercer control”.

Esta definición puede ser utilizada como una comprensión adicional de lo que constituye un grupo de interés, sin perjuicio de las vicisitudes o diferencias que se puedan presentar entre corporaciones y grupos de interés, lo cual compete a un análisis que rebasa el objeto de esta tesis.

## 6. FACTORES QUE DETERMINAN LA APARICIÓN DE GRUPOS SOCIALES

Ahora bien: ¿qué factores determinan la aparición de grupos más allá de la propensión asociativa del hombre? A esta pregunta se puede responder atendiendo a algunas modificaciones experimentadas por la sociedad.

Los primeros factores son consecuencia de los cambios sufridos por la sociedad, lo que se puede denominar **factores sociológicos**, que son aquellas circunstancias que han permitido progresivamente la aparición de grupos dentro de la misma, y que pueden ser resumidas así:

---

<sup>143</sup> *Ibídem*, p. 64.

<sup>144</sup> Citado por SOLÉ. *Ibídem*, p. 16.

El primer factor (sociológico) consiste en la diferenciación entre **sociedades territoriales** y **sociedades complejas**; en este sentido la sociedad territorial “es un tipo de sociedad, en la que es el territorio lo que les confiere a los individuos su identidad fundamental; antes que nada uno es de alguna parte, hoy en día es la identidad profesional la que estructura esta identidad. Es también una referencia común a un territorio que da su coherencia a las comunidades humanas. Cada territorio funciona como un sistema relativamente cerrado, que encuentra en sí mismo las fuentes de su propia reproducción<sup>145</sup>.

Es importante la distinción expuesta, ya que las sociedades territoriales están regidas por una débil división social del trabajo, lo que las convierte en sociedades homogéneas, en donde la formación de grupos parece poco probable como consecuencia de la ausencia de rasgos distintivos de sus miembros. Siendo así, el territorio surge como el único factor de cohesión, lo cual impide que dichas sociedades tengan un referente distinto al territorial, cuya consecuencia es una escasa movilidad dentro de la misma.

Con el advenimiento de la revolución industrial y la ampliación del comercio, el principio de territorialidad cede su paso a relaciones más complejas regidas por el rol de los sujetos en la sociedad.

En este orden de ideas, la progresiva expansión de la división del trabajo constituye un elemento fundamental de movilidad social, que implica la agrupación de los individuos en razón del oficio que realizan, favoreciendo así la progresiva colectivización de intereses que se ven mejor representados por organizaciones y actores plurales.

---

<sup>145</sup> MULLER, PIERRE. *Las Políticas Públicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 39.

Las consecuencias de lo anterior las describe MULLER de la siguiente forma:

*El papel de la familia se modifica, la célula familiar va a limitarse más y más a la reproducción, y lo que está fuera del trabajo pronto se identifica con el ocio y el consumo. Por el contrario, sus actividades de producción van a desarrollarse en el universo profesional. Un movimiento de participación en las actividades económicas bajo la forma de papeles profesionales, cada vez más numerosos, más especializados y cuyo acceso va a depender cada vez más de una formación específica*<sup>146</sup>.

Las sociedades complejas son sociedades organizadas, como ya se anotó, en donde la ocupación constituye uno de los criterios de diferenciación social principales, en tanto que la educación universitaria implica una preparación técnica que determina el oficio del individuo, lo que facilita su agrupación e identidad social. En suma, “lo que interesa aclarar, es cómo se estructura una sociedad integrando a sus miembros en agrupaciones sociales, de naturaleza quasi-estamental, unidas por complejas relaciones de interacción. Esta idea de sociedad y sistema político se presenta como alternativa al parlamentarismo liberal y compatible con el autoritarismo modernizante”<sup>147</sup>.

Desde esta perspectiva, es importante la noción de sector, en la medida en que en la sociología dicho término va a estar emparentado con el concepto de corporación que hemos venido utilizando. En este sentido, “la tradición sociológica de sector, es, por cierto, la de corporación; cada sector constituye una identidad corporativista propia, que dará unidad a lo que inicialmente no es más que una agregación abstracta de papeles

---

<sup>146</sup> *Ibídem*, p. 39.

<sup>147</sup> SOLÉ, CARLOTA. Op. cit., p. 16.

profesionales. De alguna manera cada sector va a jugar el papel de un territorio, presentándose como principio de estructuración de las relaciones sociales”<sup>148</sup>.

La modificación es sustancial en la medida en que los individuos de la sociedad se representaban en el territorio, circunstancia que va a ser sustituida progresivamente, de modo que los individuos agrupados ya no representan un territorio, sino a un sector específico de la sociedad que tiene referentes disímiles al territorio.

Así lo reconoce RODRÍGUEZ Y GUILLÉN al afirmar: “el desarrollo de las profesiones es una de las características fundamentales del siglo XX. Los avances en el conocimiento y la creciente complejidad de la sociedad occidental favorecen el desarrollo de las profesiones clásicas y la profesionalización de la sociedad. Un número cada vez mayor de parcelas de la vida social e individual se están convirtiendo en campos de conocimiento y de ejercicio de un creciente número de expertos profesionales”<sup>149</sup>. De esta forma, “las profesiones aportan conocimiento al poder, y son centrales en el proceso de racionalización al facilitar formas de organización y dominación a través del conocimiento”<sup>150</sup>.

Sobre el punto COLEMAN distingue “la sociedad contemporánea como aquella caracterizada por relaciones asimétricas. Muy resumidamente, lo que COLEMAN plantea es que el escenario contemporáneo viene marcado por la inclusión de la Corporación (desde la época medieval) como sujeto de derecho. Desde el momento en que aquélla puede actuar jurídicamente

---

<sup>148</sup> *Ibídem*, p. 40.

<sup>149</sup> RODRÍGUEZ, JOSEP A. y GUILLEN, MAURO F. “Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (59), 1992, p. 9.

<sup>150</sup> *Ibídem*, p. 11.

como un individuo (como una unidad indivisible), sería inevitable hablar de cierta asimetría entre ciudadano y Corporación”<sup>151</sup>. Lo que aquí se quiere significar es que las corporaciones tienen capacidad de variar las condiciones sociales con mayor fuerza de lo que el individuo es capaz de modificar de forma separada y aislada (individualmente).

Dentro de la misma línea argumentativa la sociedad compleja se caracteriza por tener un Estado fuertemente interventor, como explican GINER y PÉREZ YRUELA<sup>152</sup>, al afirmar que “la sociedad basada en pequeñas unidades de producción en un mercado de competencia casi perfecta y en sujetos autónomos actuando individual y libremente, amparados por un Estado meramente vigilante, reacio a interferir en la esfera de la sociedad civil. (Este) modelo se ha ido sustituyendo progresivamente por un modelo de «sociedad organizada», porque en estas sociedades ha crecido visiblemente la diferenciación y la especialización que conllevan un aumento de la coordinación imperativa y de la organización si ha de mantenerse un grado mínimo de integración en el sistema. Y también porque la acción individual libre y descoordinada ha sido progresivamente sustituida por la acción social colectiva”.

Bajo estas razones, se puede entender que dichos grupos o asociaciones<sup>153</sup> se reúnen con el objeto de alcanzar la consecución de ciertos fines que los benefician y que son su razón de existencia. Esto es de enorme importancia frente al caso de los Consejos Superiores de la Administración, en los que se puede reconocer nítidamente la participación de representantes de grupos económicos específicos, los

---

<sup>151</sup> GANUZA FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 111.

<sup>152</sup> PÉREZ YRUELA, MANUEL y GINER SAN JULIÁ. Op. cit., p. 13.

<sup>153</sup> Dentro de la sociología se han diferenciado los conceptos de grupos y asociaciones; esta distinción no se toma en cuenta en el presente escrito, lo cual, para el efecto, se tiene como conceptos sinónimos.

que adquieren gran relevancia en la toma de decisiones trascendentales en el campo de las políticas públicas.

**El segundo factor** surge de la posición que ostentan los grupos de interés o asociaciones como partes integrantes de la sociedad. Partiendo de este supuesto, los conceptos de **rol y status** suministran elementos diferenciadores y caracteres de dichos actores sociales. Para tal efecto, dichas categorías “representan el eslabón entre ambos puntos de vista, el de la sociedad como grupos y relaciones y el de la sociedad como instituciones”<sup>154</sup>.

De suerte que por “status debe entenderse la posición con respecto a otras posiciones, rol es la pauta de conducta que se respeta de las personas que ocupan un Status”<sup>155</sup>.

Antes de continuar es preciso aclarar que, con independencia de las diversas formas en las que se emplea el concepto de institución y sus consecuentes discusiones en la sociología, se entiende para efectos de este trabajo por institución: a aquellos actores sociales que definen una determinada relación social. Como se sostuvo anteriormente, la administración puede entenderse como institución en tanto que define relaciones sociales concretas como actor de la misma, en el sentido de su vinculación positiva con ciertos grupos a los cuales asegura participación en ámbitos de decisión concretos vinculados con sectores económicos específicos.

Es fácil advertir la importancia de los conceptos de **rol y status**, comoquiera que ciertos intereses representados en la administración

---

<sup>154</sup> *Ibídem*, p. 53.

<sup>155</sup> *Ibídem*, p. 54.

tienen, por decirlo así, un status diverso en términos de la atención que a sus demandas prestan los órganos estatales, lo que trae como consecuencia que la administración “elije” dependiendo del status del grupo su participación en la elaboración de políticas públicas.

Es relevante precisar el ámbito y las relaciones de la sociedad con respecto a los grupos de interés.

A este respecto GONZÁLEZ HERNÁNDEZ afirma que “la influencia de la teoría hegeliana del Estado no pierde intensidad, en lo que se refiere a la dualidad sociedad/Estado, en el devenir de las modernas sociedades industriales. Sin embargo, no serán ya las entidades públicas las que determinen las privadas, sino estas últimas las que den carácter a aquéllas. En efecto, la sociedad determinará al Estado y los principios reguladores del orden político-social tendrán como valor supremo la igualdad jurídica, igualdad que se predica para compensar la desigualdad que generan las expresiones de las modernas organizaciones sociales, pugnan distintos grados de privatización de lo público y una total autonomía del espacio social, con aquellas otras proclives a admitir distintos grados de intervención del Estado en el ámbito social de lo privado para que opere como elemento corrector de asimetrías y garantice la justicia social”<sup>156</sup>.

Siguiendo lo anterior, el mismo autor explica las relaciones entre el modelo político y los actores colectivos cuando describe que “el modelo pluralista concibe a la sociedad organizada en grupos voluntarios y autónomos de representación de intereses, de naturaleza jurídica privada, que compiten entre sí para la consecución de sus objetivos respectivos. Estos grupos pueden constituirse en número indefinido, solaparse y actuar utilizando un número también indefinido de recursos para influir en las decisiones que

---

<sup>156</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ. Op. cit., p. 32.



les afecten. El sistema político es el resultado de la interacción de estos grupos en la que el gobierno actúa de árbitro sobre la competencia de esos intereses organizados”<sup>157</sup>.

Así mismo, otros factores estimulan (además de los cambios estructurales de la sociedad) la aparición de grupos colectivos.

El primero es el criterio (o factor) del **beneficio** que explica la relación (costo/beneficio) que comporta la entrada a un grupo. Dicho beneficio consiste en que la acción colectiva es probablemente más efectiva que la acción que el sujeto podría conseguir de forma individual. Esta es sin lugar a dudas una de las causas que explican la existencia de agrupaciones sociales. El beneficio comporta un mínimo esfuerzo para quien hace parte de la organización, en tanto que “la posibilidad de aprovecharse del esfuerzo de los demás sin haber contribuido a él es lo que se denomina *free riding* en la teoría de la acción colectiva”<sup>158</sup>.

El sacrificio, por su parte, consiste en que el individuo renuncia a intereses propios e individuales en procura de su entrada a determinada organización. Esta circunstancia no resulta considerable si se tiene en cuenta que la presión grupal y su poder organizacional redundan en un mayor beneficio del que la persona pudiera conseguir mediante acciones individuales.

Otra de las causas que impulsa la formación de grupos tiene que ver con actuaciones concretas del Estado frente a diversos grupos; este tipo de causas pueden denominarse de como **factores de configuración estatal**. Esta es sin duda, la causa de mayor relevancia para el presente estudio,

---

<sup>157</sup> *Ibídem*, p. 22.

<sup>158</sup> COLÓN. Op. cit., p. 107.

ello partiendo del supuesto de que las normas de habilitación constitucional son emanaciones del Estado que prohíjan la participación en órganos decisorios de su estructura.

El Estado como factor de configuración determina la formación de un número limitado de grupos reconocidos y que se relacionan con él por canales claramente definidos y regulados. Dentro de esta gama de canales se puede enunciar la entrega de conceptos o la inclusión de sus miembros en órganos del Estado.

Como se anotó, el Estado corporativo está sujeto a un problema de dimensión importante, cual es la presencia de diversos conflictos de intereses donde se supone existe un único interés general en cabeza de la Administración Pública. Evidentemente, dentro de este tipo de causas encuadran las normas de rango constitucional y legal que habilitan la participación de actores colectivos en órganos del Estado, en especial en los Consejos Superiores de la Administración que sustentan el presente estudio.

Por otra parte, y bajo el criterio examinado (de factores de configuración estatal), es importante tener en cuenta que las relaciones entre grupos de interés y Estado son variables, y frente a ellas se pueden presentar distintas posibilidades:

- La primera es que el Estado se relaciona en **condiciones de igualdad** con respecto a los grupos presentes en la sociedad, sin tener en cuenta ningún rasgo como su peso político o económico (*status*).

- Otra de las posibilidades es aquella en la cual el Estado **asegura la participación** de ciertos grupos, pero ya no en condiciones de igualdad sino dependiendo de su peso político, económico o social.
- Teniendo en cuenta la anterior posibilidad, debe considerarse que la progresiva intervención del Estado en la producción y el consumo como consecuencia de la imposibilidad de auto-regulación de la economía favorece las relaciones del Estado con grupos representativos de intereses económicos, cuyo instrumento de intervención es la subvención por parte de los órganos públicos de ciertas actividades que se reputan importantes para la economía.
- La tercera posibilidad es que basados en **principios democráticos** los intereses se rijan por una regla de mayoría, en la que el interés de todos debería verse satisfecho sin necesidad de consideración adicional.

No obstante, y con independencia de la inscripción en alguna de las posibilidades enunciadas, FORSTHOFF reconoce de forma general unas funciones de los citados grupos que son de gran importancia:

- Les atribuye una función estabilizadora en el proceso de formación de voluntad de la administración, que puede ser necesaria para la formación del interés general, y sus servicios son importantes desde el punto de vista de la vigilancia en el cumplimiento de ciertas políticas públicas en las cuales convergen para su elaboración.
- La Constitución es un marco participativo dentro del cual se regulan relaciones e intereses importantes, siendo la teoría neocorporativa un marco adicional.

En **conclusión**, de los factores expuestos se evidencia que el Estado contribuye de manera decisiva en la formación de grupos, lo que trae como consecuencia una progresiva necesidad de normas estables que aseguren su participación (como grupo de interés) en la organización estatal, “lo que deriva (derivaba) en que las empresas particulares deban ocuparse de que la legislación se adecuase (adecúe) a sus intereses y en consecuencia, se desarrollará una apetencia de subvenciones<sup>159</sup> que se consideran necesarias, con ello resultó evidente que los partidos que hasta entonces habían jugado un papel mediador entre economía y Estado ya no podían representar las crecientes demandas de los intereses ya organizados o en trance de organizarse”<sup>160</sup>.

## **7. POLÍTICAS PÚBLICAS Y GRUPOS DE INTERÉS**

Las políticas públicas se conciben como el escenario donde se dan cita diversos actores, los cuales han modificado el dogma que afirma la administración es el órgano del Estado encargado de fijar su contenido y alcance (el del interés general). Las políticas públicas son, pues, el resultado de la convergencia de diversos sujetos derivado del advenimiento del Estado como factor de configuración social.

---

<sup>159</sup> No obstante, no hay acuerdo sobre el origen concreto de la Cláusula Estado Social de Derecho en las reivindicaciones efectuadas por el Estado a ciertos grupos de trabajadores que propugnaban por el mejoramiento de sus condiciones, o en la subvenciones entregadas por el Estado. En este sentido COLÓN manifiesta, “que el derrotero histórico de los derechos sociales no guarda una relación necesariamente lineal con el avance de la democracia o del movimiento obrero. De hecho, los orígenes de lo que con el tiempo vendría a denominarse Estado de bienestar se remontan a finales del siglo XIX, concretamente al período comprendido entre la unificación nacional de Alemania e Italia y la Primera Guerra Mundial. La reforma social en Alemania fue utilizada precisamente por Bismarck para retrasar el desarrollo democrático del país y coincidió con la promulgación de las «*leyes antisocialistas*». Por otro lado, el relativo fracaso de los partidos europeos de izquierda para adaptar sus ideas económicas y sociales a las limitaciones institucionales y políticas de los Estados liberales durante el período de entreguerras dejó en algunos casos la política social en manos de corporativismos de signo autoritario”. COLÓN. Op. cit., p. 103.

<sup>160</sup> FORSTHOFF. Op. cit., p. 23.

MULLER explica de manera esquemática que se pueden identificar cuatro círculos de decisión, conformados por un núcleo duro de actores relativamente permanentes y por actores que intervienen de manera más puntual. “(...) El tercer círculo de decisiones es de los socios externos al Estado, sindicalistas, gremios, asociaciones, empresas públicas y privadas. En algunos casos, como las organizaciones agrícolas, las relaciones entre estos actores y los servicios administrativos son estrechas. En otros, la intervención de grupos de interés se hace más bien recurriendo al cabildeo. Los medios de comunicación masivos pueden igualmente jugar un papel importante”<sup>161</sup>.

Así, el análisis de los grupos de interés puede ser realizado desde varios puntos de vista, a saber: (i) Desde su composición interna o de sus miembros, o sea desde un punto de vista subjetivo. (ii) Desde su finalidad y organización, o sea desde un punto de vista objetivo. (iii) Por último desde el sistema en el cual tiene asiento o funcionan, que para el caso de estudio es la administración.

La presencia creciente de las citadas organizaciones con una vinculación técnica importante genera la necesidad de que los gobiernos, y en particular la administración, tengan que recurrir a su apoyo para el diseño de políticas públicas que requieren de un contenido técnico relevante. Se presentan entonces como nuevos centros de poder que tienen injerencia en las decisiones del Estado, lo que trae como consecuencia que “el papel de las organizaciones privadas en la creación y distribución de la producción de la sociedad, en la regulación de la conducta de sus miembros, en la influencia en las decisiones que afectan a la colectividad y

---

<sup>161</sup> MULLER. Op. cit., p. 74.

en la articulación y demanda de intereses sectoriales y particulares al margen de partidos políticos”<sup>162</sup>.

En este aspecto es importante decir que la formación de grupos no es necesariamente un proceso espontáneo, ya que su reconocimiento y status depende necesariamente de un acto oficial que le otorgue juego a dichos grupos partícipes en el Estado, y aun cuando dicho reconocimiento no sea oficial, deben existir canales que permitan su participación.

De esta forma, las políticas públicas se presentan como un problema complejo en el que intervienen una diversidad de actores con intereses contrapuestos bajo un lenguaje propio derivado de su pertenencia a un sector. MULLER<sup>163</sup> pone de presente esta circunstancia al afirmar que “estos fenómenos son la multiplicación y diversificación de los actores que participan en las políticas públicas, la sectorización, la fragmentación y la descentralización del Estado, el debilitamiento de las formas entre lo público y lo privado, la importancia creciente de los actores “transnacionales” y, más generalmente, la estructura cada vez más compleja de los sistemas de decisión públicos, ligada especialmente a la interdependencia creciente de los sistemas de información”.

De todos los elementos descritos sobre los actores colectivos o grupos de interés, MALAGÓN<sup>164</sup> propone que aquellos se deben entender como “cualquier conjunto de personas, distinto de un partido político, dotado de una identidad socialmente reconocida, que busca incidir en las decisiones gubernamentales y/o en la selección de autoridades. Se dice que el conjunto tiene una identidad socialmente reconocida en la medida en que

---

<sup>162</sup> PÉREZ YRUELA, MANUEL y GINER SAN JULIÁN. Op. cit., p. 14.

<sup>163</sup> MULLER. Op. cit., p. 74.

<sup>164</sup> MALAGÓN. Op. cit., p. 164.

sus miembros se consideran integrantes del grupo, y quienes no pertenecen a éste los designan con alguna etiqueta grupal. Por otra parte, se contrapone el grupo de interés al partido político en cuanto éste presenta formalmente y a nombre propio candidatos a cargos electivos, y en forma pública adelanta campañas a favor de ellos; el grupo de interés, en cambio, no propone a nombre propio candidatos a cargos públicos electivos, sino busca ejercer presión a favor de una causa o interés”.

## **8. RELACIÓN ENTRE ACTORES COLECTIVOS E INTERÉS GENERAL**

Al llegar a este punto es importante agregar algunas reflexiones que ya se han expuesto acerca de la relación de los actores colectivos con los órganos del Estado, desde una perspectiva algo distinta, para lo cual se resolverá la pregunta de si el Estado tiene o no intereses propios o inherentes a sus funciones. Como se dijo, el interés general es un concepto indeterminado que puede revestir diversas formas en su contenido y alcance.

La cuestión se presenta entonces en un plano distinto, en tanto que la cuestión es saber si el Estado tiene intereses propios o estos están mediados por ciertos grupos. Bajo este contexto es importante indagar acerca de si el Estado, en el evento de configurar su propio interés, está en la posibilidad de imponerlo sobre los diversos actores sociales.

La coexistencia de los grupos sociales depende en gran medida, como ya se mencionó, de su poder en la sociedad, lo cual no implica necesariamente que un determinado grupo imponga una hegemonía sobre los demás en términos de sus intereses.

SCHITTER<sup>165</sup> ilustra esta situación de la siguiente forma: “la respuesta creo que se encuentra en un nivel intermedio, esto es, en la relación entre los intereses de las organizaciones de clase/sectoriales y los intereses del Estado como institución. Los primeros definidos menos (y cada vez menos) por el gran objetivo de lograr la hegemonía y la imposición de un determinado «proyecto de clase» sobre toda la sociedad, y más (y cada vez más) por el prosaico objetivo de influir en la política para obtener una participación creciente o estable en los beneficios que proporciona el orden existente”. Se reitera que una de las formas de participar del orden establecido es la que consiste en asegurar una posición importante en órganos de la administración o del Estado.

Resulta interesante, a efectos de explicar desde un punto de vista sociológico, la teoría de los sistemas que da cuenta de la relación entre grupos de interés y Estado.

En efecto, se puede evidenciar la existencia de dos sistemas diferenciados: el sistema general de las **instituciones** y el sistema de la **representación**. El primero, como afirma PREDIERI<sup>166</sup>, está compuesto por dos partes sustanciales: el Estado-persona, que a su vez se compone por los órganos propios de dicha institución, es decir, Parlamento, Gobierno o Administración. Dentro de la categoría Estado-persona se diferencia a su vez el subsistema de la administración central y la administración descentralizada.

De otra parte, el sistema de representación se compone de los subsistemas de los diversos grupos representativos de intereses, como puede ser el caso de partidos políticos, grupos de intereses y demás categorías análogas. Es evidente que entre aquellos se proponen

---

<sup>165</sup> SCHMITTER. Op. cit., p. 55.

<sup>166</sup> Citado por SÁNCHEZ MORÓN. Op. cit., p. 61.



relaciones recíprocas como consecuencia de la mediación de intereses, pero como se viene sosteniendo, lo que aquí importa resaltar es la relación de los grupos con la administración central.

Esta habilitación general de participación de los administrados supone un interesante problema, a propósito de la teoría de los sistemas elaborada en sociología, habida cuenta de la autonomía que se reconoce a los subsistemas sociales como integrantes de un todo que es la sociedad.

El Estado como subsistema opera bajo la lógica del derecho cuyo fundamento está constituido por el código legal/ilegal, cual es su forma de intervención en la sociedad para configurarla; como bien lo explica GARCÍA AMADO<sup>167</sup>: “El Estado no puede regular la sociedad mediante el derecho desde el momento en que los determinantes concretos que gobiernan el funcionamiento de cada subsistema social le son inaccesibles en virtud de la propia autonomía y recursividad de los sistemas. El sistema político, que se observa a sí mismo como Estado, produce decisiones sociales vinculantes valiéndose del derecho y su código específico. Pero el tipo de decisiones que gobiernan, por ejemplo, el sistema económico no se expresan en el código legal/ilegal, sino en clave de costes y beneficios. Y un Estado y un derecho que hicieran dejación de su propio lenguaje para expresarse en estos términos económicos, habrían renunciado a su autonomía y su función diferenciadora y habrían sido absorbidos por el sistema de la economía”.

Una “manera distinta de expresar esta situación es la de constatar la tensión que se produce entre Estado y economía, por la separación entre ellos que, subsiguientemente, se resuelve en la tendencia a establecer nuevos vínculos de dependencia mutua. Los cambios en una esfera ponen

---

<sup>167</sup> GARCÍA AMADO. Op. cit., p. 10.

en juego desarrollos recíprocos o contrarios en la otra y conducen a la mediación institucional entre ambas. Así pues, como proceso subsiguiente a la separación y aislamiento de los ámbitos político y económico, aparecen nuevas interconexiones. La intervención estatal se convierte en algo intrínseco, inherente al propio sistema social, árbitro de los mecanismos de realineamiento mutuo, de la política y la economía en un nuevo orden social”<sup>168</sup>.

En suma, la doctrina<sup>169</sup> ha reconocido una variedad de técnicas por medio de las cuales los intereses de ciertos grupos intervienen en la determinación del contenido del interés general, mediante su incorporación en órganos de la administración. Las más importantes son: **(I)** La entrega de conceptos técnicos, informes y demás, a congresistas o funcionarios de la administración; **(II)** El contacto de congresistas para acordar su participación en la aprobación de normas jurídicas; **(III)** La técnica más importante de influjo en las normas son, como se dijo, presiones para determinar el contenido de una norma jurídica que habilite la participación estable de gremios en corporaciones públicas u organismos de la administración.

En definitiva, el Estado como factor de intervención interactúa con los diversos grupos e intereses que constituyen subsistemas de la sociedad representativos de intereses, que se proclaman formalmente iguales, pero materialmente desiguales.

---

<sup>168</sup> SOLÉ, CARLOTA. Op. cit., p. 12.

<sup>169</sup> La clasificación propuesta sigue el texto de MALAGÓN. Op. cit.

## 9. TIPOS DE CORPORATIVISMO Y APLICACIÓN A CIERTOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN

El presente aparte tiene como fin efectuar algunas precisiones sobre el concepto descrito, comoquiera que en la doctrina se encuentra gran variedad de subdivisiones de corporativismo que sirve para delimitar el sentido que se le otorga en este escrito.

### 9.1. CORPORATIVISMO FASCISTA

En este último aparte se presenta una clasificación doctrinal del corporativismo, con miras a aclarar su campo de aplicación y formas con el objeto de evitar confusiones lingüísticas que del uso de dicho concepto en este trabajo se pueden presentar. No es un tema de importancia estructural en la tesis, pero sí facilita el uso de los términos empleados en el presente escrito y les otorga un sentido específico en términos de su empleo.

La primera forma corporativa denominada **fascista o dirigista** que constituye una corriente ideológica y política, donde las corporaciones son las instituciones por medio de las cuales el Estado controla todos los aspectos y campos de la sociedad, de modo que las corporaciones son simples instrumentos o vehículos por medio de los cuales el Estado fiscaliza actividades económicas, como la producción, además de los diversos entornos de la sociedad civil. Es claro que en este tipo de formas corporativas hay una plena confusión entre Estado y Sociedad debido a la escasa autonomía de esta última.

Vale precisar que la utilización del prefijo “neo”<sup>170</sup> indica una exigencia de distinción de este concepto respecto del concepto clásico de corporativismo, irremediablemente identificado ideológicamente con el fascismo<sup>171</sup>.

En efecto, los estudios han determinado que el corporativismo dirigista o fascista es aquel surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y que alcanzó su máximo nivel en las *corporazioni* de la Italia fascista<sup>172</sup>. Esta forma corporativa presenta como nota esencial la necesidad de regular, por parte del Estado, todas las esferas sociales, por tanto el concepto de interés general es unívoco y las corporaciones están subordinadas a este, cuyo único fin es facilitar su actividad “totalizante”. En síntesis, los intereses sociales y el bienestar son subordinados al objetivo general del desarrollo económico como fin del Estado<sup>173</sup>.

Es importante aclarar que el vocablo corporativismo como un fenómeno fundamentalmente europeo se vincula generalmente con el tipo explicado, es decir, la prevalencia de la organización estatal sobre las corporaciones a las cuales impone control y fines determinando su estructura y organización, lo que trae como consecuencia un control total de la sociedad y sus actividades por intermedio de las mismas.

---

<sup>170</sup> Sobre el origen del neocorporativismo COLÓN señala: “El corporativismo como teoría social se encuentra históricamente emparentado con algunos aspectos de los nacionalismos autoritarios y de la doctrina social católica. Frente a las consignas marxistas sobre la lucha de clases, las primeras formulaciones corporativas pretendieron ofrecer una imagen orgánica de la sociedad como un sistema normativo y funcionalmente integrado. Sin embargo, el surgimiento de la literatura contemporánea sobre «neocorporativismo» tuvo como contexto el rebrote de la conflictividad laboral a finales de los años sesenta. El desprestigio político del término, derivado de su uso ideológico en épocas anteriores, movió a la nueva generación de teóricos de la concertación social a añadir a los modelos que trataban de describir un prefijo renovador con el fin de marcar sus diferencias normativas y estructurales”. COLÓN. Op. cit., p. 104.

<sup>171</sup> BOBBIO. Op. cit., p. 1045.

<sup>172</sup> AUDELO CRUZ, JORGE MARIO. “Corporativismo en México”. En [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) (consulta del 25 de junio de 2008).

<sup>173</sup> *Ibíd.*, p. 8.

## 9.2. CORPORATIVISMO SOCIAL

Contrario al corporativismo totalitario, el corporativismo social parte de la base del pluralismo de intereses existentes en la sociedad tenidos como iguales y legítimos, pero sobre todo con diferente reconocimiento en sistemas democráticos. Este tipo de corporativismo funciona en algunas democracias europeas con éxito, conforme a los estudios citados por ADUELO CRUZ en países como Dinamarca, Suecia, Noruega y Suiza, donde ciertos pactos con organizaciones han contribuido a la estabilidad macroeconómica<sup>174</sup>.

En este orden de ideas, “el corporativismo social o liberal corresponde a la alternativa «suave», según autores como MARAFFI o NEWMANN. Aparece en sociedades con tradiciones democráticas firmemente enraizadas, pero en las que, por erosión o reforma de las mismas, se hace precisa la incorporación política de clases y grupos sociales subordinados. De ahí que se mantengan y preserven las prácticas e instituciones democráticas, más allá de la mera apariencia honorífica; coexista con el activismo más o menos manifiesto de un sistema de partidos políticos; elabora una serie de asociaciones funcionales, estructuradas verticalmente con poder autónomo; se basa y apoya en el *consensus* ideal y la persuasión, y presta más atención a la organización de los trabajadores que a su posible represión”<sup>175</sup>.

El corporativismo **social o liberal** se presenta en los Estados democráticos de bienestar, y concretamente en sociedades complejas. Su

---

<sup>174</sup> El citado autor resalta la inconveniencia de estas teorías en países de América Latina, herederos de sistemas totalitarios y donde el Estado ejerce un control considerable sobre las instituciones y los grupos, debido a la fragilidad de instituciones democráticas. Este fenómeno se ha denominado corporativismo de Estado.

<sup>175</sup> SOLÉ. Op. cit., p. 17.

presupuesto principal es que los intereses se reputan contrarios entre sí, los cuales son reconocidos en razón de sus características por canales institucionales.

Por causas institucionales podemos entender que la representación no se encuentra únicamente en el Parlamento, sino que existen varios ámbitos posibles de participación, como es el caso evidente de la administración en la cual se encuentran gran parte de actores colectivos, lo que ciertamente explica la denominada participación orgánica en la administración.

Desde otro punto de vista, hay autores que toman como base la Revolución Industrial para explicar la función social de los grupos de interés. Así se encuentra el corporativismo gremial anterior a la Revolución Industrial, el cual pasa a explicarse brevemente.

ALEGRET<sup>176</sup> afirma sobre el concepto propuesto que “el **antiguo corporativismo gremial** es el que impregnó el sistema de los gremios o corporaciones hasta los albores de la Revolución Industrial. El desmantelamiento del aparato corporativista se inició en Europa paralelamente a la Revolución Industrial. La Ley Le Chapelier francesa de 1791 y las Combination Laws británicas de 1799 fueron los puntos de partida de este proceso que a España no llegó más que hasta 1861 con la Ley de Disolución de los Gremios”.

El mismo autor comenta que la causa determinante para que dicho tipo de corporativismo se difuminara consistió en la incompatibilidad del modelo social corporativo con el progresivo avance de la industrialización “que

---

<sup>176</sup> ALEGRET, JUAN LUIS. “Del corporativismo dirigista al pluralismo democrático, el caso de las Cofradías de Pescadores en Cataluña”. En: *Revista Eres, Serie Antropología*. Vol. II. Nº 1. Museo Etnográfico/Cabildo de Tenerife, pp. 161-172.

requería de la desintegración del rígido tejido corporativo, impermeable a la innovación tecnológica y a la dinámica productiva, quinta esencia del nuevo espíritu capitalista industrial”<sup>177</sup>.

Con la consolidación de la Revolución Industrial nace el denominado **“corporativismo tradicional o antirrevolucionario**. Sin duda el agente social más involucrado en la expansión de ese discurso antirrevolucionario fue la Iglesia Católica. Para el catolicismo, los principios liberales de igualdad formal y del individualismo estaban aplastando al individuo (LEÓN XIII, *Rerum Novarum*, 1892). Desde esta orientación se afirmaba que a la solución de la «cuestión obrera» podían contribuir tanto los capitalistas como los mismos obreros dotándose de instituciones ordenadas que ofrecieran oportunos auxilios a las necesidades y para acercar y unir a las dos clases entre sí”<sup>178</sup>.

## **10. CONCLUSIONES GENERALES SOBRE LA TEORÍA DEL NEOCORPORATIVISMO**

- Las transformaciones de la sociedad explican con suficiencia la razón de existencia de grupos de presión o de interés, en los cuales se evidencian criterios de profesionalización que permiten establecer vínculos con vocación de permanencia entre los individuos que los conforman.
- La progresiva intervención del Estado en la sociedad comporta un instrumento de regulación entre los componentes del mismo, y los diversos grupos de interés, los cuales son necesarios debido a su altísima cualificación técnica y su creciente poder económico y

---

<sup>177</sup> *Ibídem*, p. 7.

<sup>178</sup> *Ibídem*, p. 7.

político. El Estado se erige, en estas condiciones, como promotor de toda la dinámica social.

- El interés general es un concepto complejo en el que intervienen de forma definitoria los grupos que hacen parte de ciertos órganos administrativos, que actúan como factor de estabilización y mayor grado de representatividad de los intereses en pugna.
- La participación de representantes de gremios e intereses no constituye *per se* una situación ajena a la Carta Política, por el contrario, las normas constitucionales –que ya se han estudiado– contentivas de principios o axiomas permiten concluir que la participación de los particulares es un criterio admisible y defendido por el carácter participativo de la Constitución.
- Es en este punto donde las normas citadas como sustento del ejercicio de funciones administrativas, y en general, sobre la participación adquieren sentido e importancia. En concreto, y como ya se advirtió, el crecimiento de las funciones a cargo del Estado –y en especial las de orden administrativo– explican la necesidad de contar con la permanente vinculación de los particulares y el sector privado con el fin de que coadyuven en la concreción de los mandatos y principios constitucionales, como el relativo a la prevalencia del interés general sobre el particular.
- Estas condiciones generales habilitan el ejercicio de funciones públicas y administrativas por particulares, como ejercicio concreto del principio de participación consagrado en la Constitución Política.



## **CAPÍTULO V**

### **EFFECTOS JURÍDICOS DE LA PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES EN ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

#### **1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA**

Llegado a este punto, se debe precisar un asunto de suma relevancia vinculado con el tema de la intervención, como son la producción de actos administrativos y el ejercicio de funciones administrativas por particulares, relacionado con la participación gremial en los Consejos Superiores de la Administración. El tema en concreto versa sobre los eventuales efectos jurídicos de la inserción de particulares que concurren a los Consejos Superiores desde el punto de vista disciplinario, y del ejercicio de funciones administrativas por los mismos.

## 2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES CON ASIENTO EN LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN

Lo primero que hay que tener presente es el ámbito de aplicación de los artículos 123 y 210 de la Constitución Política. El primero de ellos prevé que: *“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”*, mientras que el segundo señala que *“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”*.

Varias conclusiones se derivan de la lectura de estas normas: (i) Las previsiones constitucionales contenidas en estos artículos no son idénticas y se refieren a situaciones claramente diferenciables, conforme al principio del efecto útil de las normas, que enfatiza una interpretación que produzca efectos jurídicos en el proceso hermenéutico de las normas, comoquiera que el Constituyente no reiteró un mandato idéntico en estos artículos. (ii) La diferencia estriba en que el artículo 210 se refiere al ejercicio o atribución de **funciones públicas** a los particulares, lo que se ha denominado como **–participación funcional–**, categoría dentro de la cual se pueden agrupar las funciones ejercidas por: a) los notarios; b) los árbitros; c) los conciliadores; d) los curadores urbanos; e) la Federación Nacional de Cafeteros y las Cámaras de Comercio, entre otros.

Por su parte, el artículo 123 engloba situaciones concretas de ejercicio de funciones de **orden administrativo** por particulares. De esta suerte, no se refiere a funciones públicas en general, como la función fedante, sino al ejercicio de funciones concretas como la reglamentación, la fijación o la aplicación de regulaciones, las cuales son típicamente administrativas. Bajo esta perspectiva resulta coherente la reglamentación que la Ley 489 de 1998 hace del ejercicio de funciones administrativas desarrollando el

mandato general establecido en el artículo 123 de la Carta Política. Desde luego que la función administrativa comporta una especie de la función pública, sino que la presente norma concreta su ejercicio por particulares dotándolo de una regulación especial.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las restricciones materiales que impiden la delegación de funciones administrativas a particulares, y ha establecido tres parámetros generales de los cuales se destacan los siguientes: (i) La prohibición de atribuir a particulares funciones de orden político o gubernamental, además de funciones de orden legislativo o jurisdiccional. (ii) Dentro de la gama de funciones administrativas no se pueden atribuir aquellas que la Constitución radica de forma exclusiva a una autoridad determinada, como es el caso de las funciones que ejerce la Fuerza Pública conforme al artículo 216 de la Carta. (iii) Las prohibiciones que se derivan de la propia Ley, ya que el legislador está facultado constitucionalmente para imponer dichas restricciones. Por último, en ningún caso puede delegarse una función que la autoridad no tenga atribuida, como a su vez no se puede delegar funciones que impliquen un vaciamiento de contenido de la función atribuida a la autoridad.

Sobre el punto concreto del ejercicio de funciones públicas por los particulares que tienen asiento en los Consejos Superiores de la Administración, hay ciertas dudas sobre el tema que no han sido absueltas, como consecuencia de considerar, sin más, a estos organismos como meramente consultivos o coordinadores.

La Corte<sup>179</sup> se ha pronunciado sobre la materia con ocasión de la decisión que profirió con respecto a una demanda que discutía la condición de

---

<sup>179</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 1999, proferida el 7 de septiembre, M.P.: Fabio Morón Díaz.

temporalidad de la delegación de funciones públicas a particulares. Dijo la Corte en esa oportunidad:

*Para desvirtuar la lectura que del texto constitucional hace el demandante, e ilustrar que la asignación de funciones públicas a los particulares, cuya duración tenga un límite en el tiempo, se aviene a la Carta Política y, que contrariamente a lo afirmado por el actor, constituye expresión prístina de sus postulados y principios que promueven la participación ciudadana en la gestión de lo público, basta con traer a colación la Sentencia C-286 de 1996, de la que fue ponente el H. M. José Gregorio Hernández Galindo, en la que esta Corporación hizo un recuento de las normas constitucionales en las que el Constituyente avaló esta visión, por lo cual la propia Carta Política da cuenta de:*

***“...la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de la función pública por particulares, tales son los casos de los notarios (artículo 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.), y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.) entre otros”.***

*En la oportunidad que se cita, ya la Corte se había referido a la interpretación plausible del artículo 123 C.P., a la luz de los otros preceptos de la Carta que dan validez constitucional al ejercicio permanente de funciones públicas por particulares.*

*Conviene reproducir su razonamiento para despejar el equívoco en que incurre el actor, al hacer una lectura literal del artículo 123 de la Carta.*

*Dijo entonces la Corte y en esta oportunidad se reitera:*

***“...no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución, sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas. (...)”.***

*Dedúcese de lo expuesto que el cargo resulta infundado en cuanto cuestiona el ejercicio limitado en el tiempo **de funciones públicas por particulares o de representantes del sector privado con asiento en los Consejos Superiores de la administración; o como integrantes de organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella**, que funcionarán con carácter permanente o temporal que es lo que consagran el parágrafo 2º del artículo 38; y el numeral 9 del artículo 59, a que pertenecen las expresiones **“permanente” “y si fuere el caso, del sector privado” y “personas privadas”** que, por ello, resultan exequibles (negrillas fuera del texto).*

Este razonamiento esbozado por la Corte tiene dos consecuencias importantes con referencia al tema:

- La Corte parece reconocer que en ciertos casos hay un ejercicio de funciones públicas por particulares o representantes del sector privado de organismos consultivos o coordinadores, como es el caso de los Consejos Superiores. Esta interpretación supone que se pueden atribuir funciones públicas (administrativas como especie de las funciones públicas) en órganos consultivos, lo cual resulta contradictorio con otras sentencias citadas en que se ha

puesto de presente que la asignación de dichas funciones en entes de esta naturaleza contraviene los mandatos constitucionales. Vale reiterar que en la sentencia arriba citada la Corte expresó: *empero, la función de que trata el citado numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, como otras tantas de origen constitucional, no pueden ser ejercidas por conducto de ninguno de estos **organismos, cuerpos o instancias consultivas, de coordinación o de asesoría***<sup>180</sup> (negrilla fuera del texto).

Dos precisiones adicionales surgen sobre el tema: la primera es, como se ha venido sosteniendo, si hay una asignación de funciones administrativas a algunos Consejos por las disposiciones que regulan sus funciones. La segunda, que no hay en sentido estricto una atribución de funciones a los particulares como tal, sino al cuerpo del cual hacen parte, lo que permite diferenciar las consecuencias jurídicas del tema.

- La segunda consecuencia es que la atribución de funciones públicas en este caso se refiere a su temporalidad. La Corte al reconocer que se le atribuyen funciones públicas no analiza el punto que su ejercicio no comporta el lleno de requisitos establecidos en la Ley 489, toda vez que los requisitos allí establecidos son aplicables para la delegación de funciones administrativas y no en los casos en que las normas asignan de forma directa dichas competencias. De acuerdo con la Ley 489 esos requisitos son, según el artículo 110 de dicha ley, acto administrativo, y convenio, si fuere el caso.

---

<sup>180</sup> Ese texto dice: "Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: ...c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

En suma, hay dos fuentes principales para llegar a la función pública ejercida por particulares en desarrollo de las autorizaciones constitucionales: (i) La radicación se efectúa directamente por la Ley, como en el caso de las normas que integran los Consejos Superiores, por lo tanto no hay necesidad alguna de convenio o de acto administrativo. (ii) Los casos en que no hay radicación sino delegación de funciones administrativas, evento en el que se aplican las exigencias de la Ley 489 de 1998.

Es claro que en el caso de habilitación directa por parte de la Constitución Política –como con los notarios, conciliadores y árbitros– no se necesita en estricto sentido ni el convenio ni la gama de requisitos previstos en la Ley 489. Además en estas situaciones la Constitución habla de funciones públicas y no de funciones administrativas.

### **3. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CONCERNIENTE A LOS PARTICULARES CON PARTICIPACIÓN EN LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN**

En concordancia con la definición legal de los Consejos como consultivos no se ha estudiado ni legislado sobre los efectos de la participación orgánica del sector privado, y en concreto sobre materias de orden disciplinario que se pueden derivar de la constante intervención de particulares. La ausencia de criterios legales dificulta sobremanera el estudio de estas consecuencias, por lo que aquí se examina un caso muy cercano que reúne las mismas características que se han examinado con respecto de los cuerpos estudiados.

Desde el mismo ángulo, el caso de los consejos directivos de establecimientos públicos y las juntas directivas de empresas industriales

y comerciales del Estado revisten grandes similitudes, puesto que tanto el derogado Decreto 1050 de 1968 como la Ley 489 de 1998 son las encargadas de fijar las políticas al interior de la respectiva entidad, como ocurre con respecto de los Consejos que contribuyen a diseñar políticas de sectores económicos específicos.

Sobre el particular, el caso de los establecimientos públicos como el SENA, donde figuran en su junta representantes de los gremios de producción tales como ANDI, ACOPI, FENALCO, como de las confederaciones sindicales y representantes de las iglesias, dan buena cuenta de un caso de participación orgánica, que puede servir de modelo con regulación legal propia, cosa que no ocurre con los Consejos.

#### **4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICULARES QUE INTEGRAN ENTES PÚBLICOS COMO RESULTADO DE SU PARTICIPACIÓN EN ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

##### **4.1. INTERROGANTES BÁSICOS**

Desde el punto de vista jurídico surgen preguntas muy interesantes referentes al régimen aplicable en materia disciplinaria de los particulares presentes a título de participación orgánica, especialmente cuando se tiene como dato característico su influjo considerable en las deliberaciones de cuerpos colegiados donde tienen cabida.

El punto de partida está constituido por el tema del control sobre quienes prestan sus servicios al Estado. En general, sobre los servidores públicos pesan controles políticos, penales, disciplinarios y fiscales. De esos controles surgen responsabilidades que consecuentemente son: la responsabilidad política en los altos cargos, la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad fiscal, cada de ellas con



desarrollos normativos y jurisprudenciales concretos, y aun la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 90 de la Constitución de 1991.

Ahora bien, no se puede afirmar lo mismo tratándose de particulares que integran las instituciones antes citadas, ni que el tema sea igualmente pacífico, derivado de la imposibilidad de aplicar los controles que pesan sobre los servidores públicos a quienes participan orgánicamente como particulares en Juntas, Consejos Directivos o Comisiones.

El título general de imputación de la responsabilidad de los servidores públicos en Colombia está contenido en el artículo 6° de la Carta, el cual dispone: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*.

La pregunta que hay que despejar es si la responsabilidad de los particulares que se integran a la administración –como desarrollo de participación orgánica– es a título de función pública o a título de simples participantes. Para eso es necesario realizar un breve análisis normativo, así:

#### **4.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS**

En materia de antecedentes normativos el Decreto 3130 de 1968 (Estatuto Orgánico de las Entidades Descentralizadas), que constituye el antecedente directo del régimen actual, en sus artículos 16, 17 y 18 señalaba:

**Artículo 16. De la dirección y administración.** *La dirección y administración de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado estará a cargo de una **Junta o Consejo Directivo**; de un Gerente, Director o Presidente, y de los demás funcionarios que determinen los actos pertinentes de la Junta o Consejo.*

**Artículo 17. De los miembros de las juntas o consejos directivos.** *Todos los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, deberán obrar en los mismos consultando **la política gubernamental del respectivo sector y el interés del organismo ante el cual actúan.***

**Artículo 18. De la calidad de los miembros de las juntas o consejos.** *Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo (negrillas fuera del texto).*

#### **4.3. RÉGIMEN ACTUAL**

Expedido el Estatuto Orgánico de la Administración contenido en La ley 489 de 1998 que sustituyó el decreto antes citado, reorganizó la rama ejecutiva y en el sector descentralizado incluyó a los establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales del Estado, y sobre el asunto bajo análisis dispuso:

**Artículo 74. Calidad de los miembros de los consejos directivos.** Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

**Artículo 79. Régimen disciplinario de los miembros de los consejos y de los representantes legales de los establecimientos públicos.** Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-Ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.

**Artículo 89. Juntas directivas de las empresas estatales.** La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley.

Además de lo anterior, “los **delegados de organizaciones privadas** en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de la empresa ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurran conflictos de intereses”.

#### 4.4. CONCLUSIONES

De las normas estudiadas se desprende:

- Los particulares ejercen, pues, funciones públicas pero no adquieren por su participación la calidad de empleados públicos. Dicho de otra manera, no son servidores públicos y por lo tanto las leyes que los regulan no son aplicables a los particulares en principio. Esta circunstancia excluye la aplicación de la totalidad de normas y controles establecidos para los Servidores Públicos, no obstante, el hecho de ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares orgánicamente vinculados a dichos cuerpos, no los debe eximir de control como consecuencia de coadyuvar al ejercicio de funciones públicas o administrativas, las cuales deben tener control.
- Los miembros de los Consejos Directivos y asesores deben obrar “consultando la política gubernamental del respectivo sector y el interés del organismo”<sup>181</sup>. Muy importante poner de presente que el ejercicio de funciones públicas sujeta al particular a obrar consultando las normas constitucionales que imponen fines determinados a la función pública, como la prevalencia del interés general. Referida a este contexto la participación adquiere una dimensión novedosa, la que consiste en asegurar la intervención en la elaboración de políticas públicas al sector privado, lo cual tiene respaldo constitucional, pero bajo la condición de su sujeción a principios materiales y al régimen legal, y que su actuación se haga con transparencia.

---

<sup>181</sup> Art. 72 de la Ley 489.

El principal aspecto corresponde a las preguntas siguientes: ¿Qué legislación hay? ¿Qué tan completa es y cuánto falta para tener cubierto el tema? La legislación opera fundamentalmente sobre juntas y consejos directivos de establecimientos públicos, que comparten varias características comunes con los Consejos Superiores de la Administración, entre las que se destacan:

- Hay claridad sobre la participación de particulares entre estos tres organismos.
- Son integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público conforme al Estatuto General de la Administración Pública.
- Los tres organismos citados tienen una importante concurrencia en el desarrollo y aplicación de políticas públicas sectoriales aunque con roles diferentes. En el caso de las Juntas y los Consejos Directivos el rol consiste en aplicar las políticas generales fijadas por los diferentes órganos estatales, y en formular la política interna de la entidad. En el caso de los Consejos Superiores el rol consiste en contribuir a fijar las políticas generales aplicables a un sector.
- A pesar de lo anterior, la legislación sobre responsabilidad ignora en buena parte las prominentes similitudes existentes entre estos tres integrantes de la Rama Ejecutiva. Ello deviene como resultado de considerar a los Consejos, en su totalidad, como cuerpos asesores sin ninguna facultad decisoria, aunque como se vio en casos la tienen.
- Finalmente, y como corolario de lo anterior, no hay actualmente estatutos con rango de legal para regular la responsabilidad de los particulares en los Consejos Superiores de la Administración, como

para los consejos y juntas de los establecimientos públicos que sí tienen la normatividad vigente.

Sin embargo, es posible que el artículo 113 de la Ley 489 de 1998 sea aplicable de forma directa a quienes acuden a dichos entes como representantes gremiales. En efecto, dicha norma dispone: *“Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida”*.

Esta norma resulta aplicable por dos razones:

- La primera que el campo de aplicación de la norma se refiere a los representantes legales de entidades privadas, lo cual se concreta en el caso de los órganos estudiados. En el presente caso habría que diferenciar en cada caso concreto si el particular que concurre al Consejo tiene la calidad de representante legal.
- La segunda se aplica siempre y cuando al Consejo Superior se le asignen funciones administrativas –cuestión que ya ha sido constatada en algunos casos– para derivar la aplicación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

Punto fundamental aquí es el referente al órgano competente para legislar sobre el tema. Ya se ha estudiado que es la ley la que determina la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones administrativas, por lo tanto la posibilidad de que además de la ley, los estatutos internos del organismo respectivo puedan referirse a incompatibilidades, inhabilidades y en general a la responsabilidad de los particulares, desconoce los mandatos

expresados en los artículos 123 y 210 de la Constitución, y también ignora el principio de la “reserva de ley” que la misma Carta consigna para estos temas.

Finalmente, se debe regular el tema para los Consejos Superiores en cumplimiento de los mandatos constitucionales, toda vez que el régimen estudiado, aunque presente importantes similitudes debe ser regulado por ley específica, en garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en materia disciplinaria como principio rector del derecho sancionatorio.

## **CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL TRABAJO**

Si bien, en casi la totalidad de los capítulos se hicieron algunas conclusiones sobre los temas tratados, en ese aparte se presentan algunas conclusiones generales con relación al trabajo considerado en su totalidad. Dichas conclusiones son las siguientes:

- Los estudios de Derecho Administrativo actual deben abandonar viejas ideas sobre el papel de la Administración y del administrado (en cuanto a su relación, funciones y rol), con el fin de dar cuenta de nuevas realidades que desbordan los dogmas que dieron origen a la disciplina. En el presente trabajo se analizaron tres de estas realidades, a saber: (i) El dogma según el cual la administración tiene el monopolio de fijación del interés general, el cual apareja una tajante separación entre Estado y Sociedad, donde la Administración está funcionalmente separada de cualquier influjo político. (ii) La progresiva intervención de la Administración en la sociedad favorece la paulatina formación de grupos con creciente poder que intervienen en la formación del denominado interés general. (iii) Dichos grupos y la propia dinámica administrativa modifican la estructura de la administración, así como la representatividad de intereses supraindividuales en su estructura orgánica.
- La participación administrativa comporta un fenómeno de gran impacto en el derecho administrativo que debe estudiarse con gran detenimiento. En efecto, el fenómeno participativo debe evaluarse desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas y de su impacto en los órganos que componen la administración, debido a su importante ampliación por parte de la Constitución Política de 1991, si se tiene presente que la participación como principio



constitucional no debe dar cabida a expresiones que desconozcan otros mandatos impuestos por la Carta.

- En el caso de los Consejos Superiores de la Administración no hay claridad en varios de los puntos que constituyen la esencia de su definición legal. En primer lugar, y como se ha constatado, la característica según la cual dichos entes son organismos consultivos o coordinadores contrasta de manera evidente con la asignación de competencias que rebasan el ámbito de la administración consultiva, lo que trae como consecuencia una disfunción entre su definición normativa y el ejercicio de las mismas en la práctica (hay que tener en cuenta que algunos Consejos sí ejercen funciones consultivas en su totalidad).
- La radicación de facultades decisorias en dichos órganos comporta necesariamente la producción de actos administrativos que en ningún caso están fuera de la fiscalización judicial o de controles que den cuenta del buen ejercicio de las competencias administrativas. De esta suerte, no hay ningún argumento en la Legislación que permita concluir que hay actos administrativos que escapen al control por su naturaleza y contenido. Hay aquí otra distorsión entre la definición legal y la praxis concreta, en razón a que la administración consultiva no expide actos administrativos debido a su función puramente asesora, lo cual resulta discutible conforme a lo que aquí se ha planteado.
- La ausencia de criterios normativos válidos dificulta el estudio de los componentes de la definición legal, si se tiene en cuenta que no se encuentra justificación alguna de la inclusión de representantes del sector privado en los Consejos Superiores de la Administración, siendo inexplicable desde el punto de vista jurídico las

consecuencias de su intervención. A este efecto resultan de gran utilidad estudios de sociología o ciencia política que explican el creciente influjo de los grupos de interés en la estructura organizacional del Estado.

- En cuanto a los efectos de la inserción de particulares se puede decir que cuando el Consejo cumple funciones administrativas decisorias, el particular concurre junto con los demás miembros del órgano al ejercicio de una función administrativa, y por tanto se pueden derivar consecuencias de orden disciplinario, lo que es ajeno al estudio de dichos órganos.
- Con independencia de lo anterior, debe estudiarse con sumo cuidado la fuerza que puede tener el dictamen que presentan los particulares como consecuencia de su concurrencia en los Consejos, comoquiera que su fuerza técnica puede incidir de manera definitiva en las decisiones proferidas por el mismo, lo que condiciona la posterior actuación de las autoridades administrativas o su recepción sin más.
- Por último y como conclusión central de este trabajo, la incursión de formas paralelas a las establecidas constitucional y legalmente supone un peligro considerable que debe tenerse presente. En efecto, la atribución de funciones a órganos consultivos puede derivar en un ejercicio de competencias que no están sujetas a ningún control, además de diluir la responsabilidad política del Gobierno atribuyendo facultades propias en Consejos “asesores” o “coordinadores”.

- A este respecto la obra del Profesor GORDILLO<sup>182</sup> ilustra los riesgos mencionados, denominando a este fenómeno como “administración paralela”, donde existe una organización administrativa diferente a la prevista en las normas legales. Al respecto explica: “Otro tanto ocurre con las competencias y organización que surgen de las diversas leyes de ministerios, o leyes o estatutos orgánicos de entes administrativos. La atribución formal y legal para adoptar decisiones las tienen determinados órganos, generalmente de alto rango administrativo, y son tales órganos los que finalmente aparecerán suscribiendo con su firma los actos que adopten las resoluciones que sean del caso. Pero toda persona familiarizada con la administración sabe que ello no es exactamente así, que la resolución en realidad resulta de un proceso mucho más complejo que no está escrito en ninguna ley y en el cual toman parte activa y decisoria diversos funcionarios, asesores, etc. Quien quiere arrimar argumentos útiles trata pues invariablemente de detectar quién o quiénes son las personas que en cada organismo efectivamente tienen peso para la toma de una decisión”.
- Prosiguiendo con su tesis, y resaltando el peligro que supone la asignación de competencias propias de órganos decisorios en órganos consultivos (los cuales por ser tal están exentos de todo control), y la consecuente existencia de dos tipos de administración diferenciadas, por un lado la administración formal (prevista en la Constitución y demás normas de diversa jerarquía), y de otro la administración paralela (constituida, entre otros, por órganos consultivos que eluden los controles constitucionales y legales). Sobre el punto expresa el citado profesor (Gordillo) que “Más aún, existen instituciones estables y permanentes que funcionan bajo la

---

<sup>182</sup> GORDILLO AGUSTÍN. *La Administración Paralela-el parasistema jurídico-administrativo*. Madrid. Civitas, 1992, p. 51.

hipótesis de constituir un gobierno o una administración paralela. Explicamos en otro trabajo cómo los órganos de asesoramiento y coordinación en la Presidencia de la Nación (Secretaría General, etc.) en todos los tiempos se constituyen en verdaderos ministerios paralelos, que compiten frontalmente con las atribuciones que los ministros están llamados constitucionalmente a ejercer, y esto tanto en gobiernos militares como civiles (8), nacionales o extranjeros”<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> *Ibídem*, p. 67.

## BIBLIOGRAFÍA

ALGRET, JUAN LUIS. "Del corporativismo dirigista al pluralismo democrático, el caso de las Cofradías de Pescadores en Cataluña". En: *Revista Eres, Serie Antropología*. Vol. II. N° 1. Museo Etnográfico/Cabildo de Tenerife.

ALLÍ ARANGUREN, JUAN-CRUZ. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid. Thomson Civitas, 2004.

ATIENZA, MANUEL y MANERO, JUAN. "Sobre reglas y principios". En: *Revista Doxa*. N° 10, 1991.

AUDELO CRUZ, JORGE MARIO. "Corporativismo en México". En: [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) (consulta del 25 de junio de 2008).

AYALA CALDAS, JORGE. *Aplicaciones del derecho administrativo en Colombia*. Bogotá. Doctrina y Ley, 2002.

BIELSA, RAFAEL. *Derecho Administrativo*. Imprenta de la Universidad de Santa Fé, 1947.

BOBBIO, NORBERTO y otros. *Diccionario de Política*. 2 Vols. México. Siglo XXI Editores, 2005.

BREWER-CARÍAS, ALAN. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá. Legis.

BREWER-CARÍAS, ALLAN. *Estudios de Derecho Administrativo*. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1987.

CASSAGNE, JUAN, CARLOS. *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1994.

CHINOY, ELI. *Introducción a la sociología*. Buenos Aires. Paidós, 1999.

COLÓN GONZÁLEZ, FRANCISCO. "Actores colectivos y modelos de conflicto en el Estado de Bienestar". En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (63), 1993.

Congreso de la República, Cámara de Representantes, Proyecto de Ley N° 051 de 1997, por la cual se dicta la Ley General o Estatuto Básico de la Administración Pública, Gaceta del Congreso, Año VI. N° 349.

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de noviembre de 1996, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Exp. 3195.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 8 de junio de 2006. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación número 11001-03-06-000-2006-00043-00(1741)

<sup>1</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de abril de 1996, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Exp. 3661.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de junio de 1995, C.P. Yesid Rojas Serrano, Exp. 3047.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 8 de mayo de 1997, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa,

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de abril 12 de 1996, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, Exp. 1458.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta del 5 de julio de 2007, N° 1831, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 22 de octubre de 2009, Exp. 00027-00, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 23 de octubre de 1992, Exp. 325, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-170 de 2001, de febrero 14 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 1996, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz,

Corte Constitucional, Sentencia C-455 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C- 798 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN. “Liberalismo, pluralismo y coacción”. En: *Revista Doxa Filosofía del Derecho*. N° (11), 1992.

DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN. “Liberalismo, pluralismo y coacción”. En: *Revista Doxa Filosofía del Derecho*. N° (11), 1992.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, LUIS HUMBERTO. *Elementos de Derecho Administrativo Mexicano*. Editorial Noriega Limusa, 1991.

DROMI, ROBERTO. *Modernización del control público*. México. Editorial, Hispania-Libros, 2005.

ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires. Depalma, 1989.

ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La personalidad jurídica en el derecho público y la



dialéctica Estado-sociedad”. En: *Administración Instrumental*. T. II. Madrid. Civitas, 1994.

FLORES OLEA, VÍCTOR. *Crítica de la globalidad*. México. Fondo de Cultura Económica, 1999.

GANUZA FERNÁNDEZ, ERNESTO y ROBLES MORALES, JOSÉ MANUEL. “Modelos de acción pública en una sociedad asimétrica”. En; *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (113), 2006.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “Sociología sistémica y política legislativa”. En: *Anuario de filosofía del derecho*. En: [www.uv.es](http://www.uv.es) (consulta del 5 de julio de 2008).

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madrid. Civitas, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “Aspectos sobre la administración consultiva”. En: *Revista de Administración Pública*. N° (24), 1954.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, JUAN JOSÉ. “La defensa de intereses ante las autoridades públicas ¿acción colectiva o acción individual?”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*, N° (69), 1995.

GARCÍA TREVIJANO, FOS. *El Acto Administrativo*. Madrid. Civitas, 1991.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La participación democrática en la Constitución Colombiana*. Bogotá. Comisión Colombiana de Juristas, 1997.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. “Acción pública y reacción ciudadana: el papel de la sociedad civil en el Estado democrático”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° (91), 2000.

GORDILLO, AGUSTÍN. *La Administración Paralela - el parasistema jurídico-administrativo*. Madrid. Civitas, 1992.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1963.

HENAO HIDRÓN, JAVIER. *La nueva reforma administrativa*. Bogotá. Temis, 2004.

IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. “Los Consejos Superiores de la Administración”. En: *Revista Universitas*. N° (85), Bogotá, 1993.

IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. *Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas*. Bogotá, D.C. Edición Justicia y Desarrollo Sostenible, 2006.

LANZ CÁRDENAS, JOSÉ TRINIDAD. “El marco y administrativo del control en la administración pública federal”. En: *Revista de Administración Pública*. N° (57), 1984.

MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL. “Leyes negociadas, grupos de interés y Congreso”. En: *La Constitución por construir, balance de una década de cambio institucional*. Bogotá. Ediciones Rosaristas, 2001.

MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL. *Vivir en policía*. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1988.

MOLANO LÓPEZ, ROBERTO. *Trasformación de la Función Administrativa*. Bogotá. Universidad Javeriana, 2005.

MONCADA ZAPATA, JUAN CARLOS. *El reglamento como fuente de derecho en Colombia*. Bogotá. Temis, 2007.

MULLER, PIERRE. *Las Políticas Públicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006.

MULLER, PIERRE. *Las Políticas Públicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006.

NIETO, ALEJANDRO. “La administración sirve con objetividad a los intereses generales”. En: *Estudios de derecho y ciencia de la administración*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

PARADA, RAMÓN. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Madrid. Marcial Pons, 2008.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho Administrativo*. Barcelona. Ariel, 2003.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho administrativo*. Barcelona. Ariel, 2003.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *El concepto del derecho administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2009.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La personalidad jurídica y su distinta construcción: personas privadas y públicas administrativas*. Federación

Nacional de Cafeteros - Asociación de Ex magistrados de las Altas Cortes “Asomagister”. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid. Ariel, 1999.

PÉREZ YRUELA, MANUEL y GINER SAN JULIÁ. “Corporativismo el Estado de la cuestión”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*. N° 31. 1985.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez-Ediciones Rosaristas, 2008.

RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO. “La Adecuación del Derecho Administrativo al Estado Contemporáneo”. En: *Revista Estudios Socio Jurídicos*. Vol. 4. N° 2. Bogotá. Universidad del Rosario, octubre de 2002.

RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO; SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL; ARAÚJO OÑATE, ROCÍO; PEÑA GONZÁLEZ, EDILBERTO y DINEIGER, PETER. *Control Fiscal Territorial, construcción de un modelo de contraloría tipo*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2008.

RODRÍGUEZ, GUSTAVO H. *Derecho Administrativo-Teoría General*. 2 ts. Bogotá. Librería del Profesional, 1995.

RODRÍGUEZ, JOSEP A. y GUILLÉN, MAURO F. “Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*, (59), 1992.

RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Estructura del Poder Público en Colombia*. Bogotá, D.C. Temis, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. "Participación, neocorporativismo y administración económica". En: *Estudios sobre la Constitución española*. T. I. Madrid. Civitas, S.A., 1991.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL, *Participación ciudadana y comunitaria*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL. *Participación Ciudadana en Colombia*. Medellín. Diké, 1993.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*. T. I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003.

SARRIA, EUSTORGIO. *Derecho Administrativo*. Bogotá. Temis, 1957.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Montevideo, 1974.

SCHMITTER, PHILIPPE. "Democracia y Neocorporativismo". En: *La democracia en sus textos*. Madrid. Alianza, 1998.

SCHMITTER. "Neocorporativismo y Estado". En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*, No (31), 1985.

SOLÉ, CARLOTA. “El debate corporativismo-neocorporativismo”. En: *Revista de Investigaciones Sociológicas*, 1984.

VALENCIA VILLA, HERNANDO. *Los Derechos Humanos*. Madrid. Acento Editorial, 2001.

VIDAL PERDOMO, JAIME. “La Ley 489 de 1998: la segunda gran teoría de la organización y el funcionamiento de la administración”. En: *Teoría de la organización administrativa colombiana*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2006.

VIDAL PERDOMO. *Derecho Administrativo*. Bogotá. Legis, 2006.

Vidal, Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Bogotá. Temis, 1997.

WEBER, MAX, *Economía y Sociedad*. México, D.F. Fondo de Cultura Económica, 1944.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Curso Derecho Administrativo*. Bogotá. Temis, 2007.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá. Temis, 2009.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Las Reformas del Estado y de la Administración Pública*. Bogotá. Escuela Superior de Administración Pública, 2009.